ПК
5
Т 78
Труды
юридического
общества
СПб ун-т
-5-
СПб, 1913.

ПК
5
Т78

52866

ТРУДЫ
ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ
Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества
М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ
Предс. Админ. Отд. **В. М. Гессена** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова.**

Томъ V

(1911 г.)

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія т-ва „Общественная Польза", Б. Подъяческая, № 39.
1913.

3142/3

ПК
S
Т78

ТРУДЫ

ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ
Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества
М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ
Предс. Админ. Отд. **В. М. Гессена** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова.**

Томъ V

(1911 г.)

2142/3

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія т-ва „Общественная Польза“, Б. Подъяческая, № 39.
1913.

ОБм-2457

Государств. публичная
историческая
библиотека РСФСР
372008

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

1. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 28 января 1911 года 1
Сообщеніе **В. М. Гессена**: *Памяти покойнаго Гейдельберскаго профессора Георга Іеллинека* 1
Докладъ прив.-доц. **Л. Н. Яснопольскаго**: *„Вопросъ о „забронированныхъ" кредитахъ съ правовой точки зрѣнія* (къ пересмотру въ Государственной Думѣ бюджетныхъ правилъ 8 марта 1906 г.)". 7
Пренія по докладу 31
2. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 1 февраля 1911 года 41
Продолженіе преній по докладу **Л. Н. Яснопольскаго**: *„Вопросъ о „забронированныхъ" кредитахъ съ правовой точки зрѣнія"* . . 41
3. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 28 февраля 1911 года 50
Докладъ **Л. С. Таля**: *„Договоръ о довѣренности въ проектѣ гражданскаго уложенія"* 51
Пренія по докладу 74
4. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 16 марта 1911 г. 79
Сообщеніе **П. И. Люблинскаго**: *„Вашингтонскій тюремный конгрессъ"*. 79
5. Протоколъ общаго собранія юридическаго общества 20 марта 1911 года 160
6. Протоколъ годоваго собранія юридическаго общества 20 марта 1911 года 160
Рѣчь проф. **М. И. Дьяконова**: *„Памяти В. И. Сергіевича"*. . . . 161
Рѣчь проф. **М. М. Ковалевскаго**: *„Значеніе работъ В. И. Сергіевича для сравнительной исторіи государства"*. 189
Рѣчь проф. **В. Н. Бенешевича**: *„Памяти Горчакова"* 201
7. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 16 апрѣля 1911 г. 217
Докладъ **П. С. Пороховщикова**: *„О лжи и правдѣ обвиняемаго передъ судомъ"* 218
Пренія по докладу 249
8. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 13 мая 1911 г. 250
Докладъ **В. Г. Федорова**; *„Право опроверженія дѣйствій, совершаемыхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ"* 251
Пренія по докладу 289
9. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 20 мая 1911 г. 298
Докладъ **А. Г. Гойхбарга**: *„О залогѣ движимости"*. 298
Пренія по докладу 326
10. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 19 октября 1911 года 336
Докладъ **К. І. Зайцева**: *„Монархическій принципъ и его возникновеніе въ Германіи"* 336
Пренія по докладу 358

Стр.

11. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 5 ноября 1911 года 363
Докладъ проф. барона **С. А. Корфа**: *„Реформа сената“* 363
Пренія по докладу 394
12. Краткій отчетъ о засѣданіи административнаго отдѣленія 25 апрѣля 1911 года 412
Докладъ **В. М. Гессена** и графа **П. М. Толстого**: *„Понятіе сессіи въ конституціонномъ правѣ Россіи“* 412
13. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 28 октября 1911 года 433
Докладъ **А. Г. Гойхбарга**: *„О переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій“* 436
Пренія по докладу 460
14. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 29 октября 1911 г. 462
Докладъ **Г. Н. Шпильмана**: *„Борьба вокругъ вопроса о судѣ присяжныхъ въ Германіи“* 463
Пренія по докладу 491
15. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 9 декабря 1911 г. 497
Докладъ **С. А. Андреевскаго**: *„Будущія задачи суда“* 497
16. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 29 ноября 1911 года 518
Докладъ **І. В. Гессена**; *„Раздѣльное жительство супруговъ“* . . 519
Пренія по докладу 543

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

28 января 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^3/_4$ час. веч., подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія общества, *В. М. Гессена.*

Предметомъ занятій служили: 1. Сообщеніе дѣйствительнаго члена общества, *В. М. Гессена: „Памяти покойнаго Гейдельбергскаго профессора Георга Іеллинека“.* 2. Докладъ *прив.-доц. Л. Н. Яснопольскаго: „Вопросъ о „забронированныхъ“ кредитахъ съ правовой точки зрѣнія (къ пересмотру въ Гос. Думѣ бюджетныхъ правилъ 8 марта 1906 г.)“.*

По открытіи засѣданія *предсѣдателемъ В. М. Гессеномъ* было сдѣлано слѣдующее сообщеніе:

Преждевременная и неожиданная смерть гейдельбергскаго профессора Іеллинека является огромной утратой для науки публичнаго права.

Іеллинекъ хорошо извѣстенъ русскимъ юристамъ. Въ Германіи онъ является однимъ изъ наиболѣе выдающихся представителей научнаго направленія, извѣстнаго подъ именемъ „юридической школы публицистовъ“. Направленіе это ставитъ своею цѣлью догматическое изученіе дѣйствующаго публичнаго права, освобожденіе догмы отъ искусственнаго привнесенія въ нее историческихъ, философскихъ и политическихъ ингредіентовъ. Задача догмы—взаимно разграничить текущія явленія жизни при помощи твердыхъ понятій.

Достаточно сравнить германскую науку государственнаго права 50—60 гг. съ современной германской наукой для того, чтобы убѣдиться, какъ далеко за это сравнительно короткое время шагнула германская научная мысль впередъ.

Въ классическихъ произведеніяхъ Mohl'я и Bluntschli господствуетъ методъ, иронически называемый Laband'омъ „историко-

философо-политическимъ" и не безъ основанія отождествляемый имъ съ отрицаніемъ научной методологіи, вообще. Въ произведеніяхъ современныхъ публицистовъ—въ трудахъ Laband'a, Iellinek'a, Otto Mayer'a и др.—господствуетъ истинно-научный, индуктивно-дедуктивный, логически-конструктивный методъ, создающій систему положительнаго права страны. Тамъ—суверенное господство политической метафизики, фантастическая игра „идеями" публичнаго права; здѣсь—кристаллизація хаоса, отчеканенность юридическихъ понятій, твердость и устойчивость юридическихъ категорій. Тамъ—непринужденная causerie на политическія темы; здѣсь наука.

Могучее развитіе германской науки публичнаго права наглядно подтверждается тѣмъ все болѣе и болѣе возрастающимъ вліяніемъ, какое оказывается ею на другія національныя литературы, не только на нашу, столь бѣдную историческими традиціями, отечественную науку, но и на французскую науку, справедливо гордящуюся своимъ великимъ прошлымъ.

Въ ряду представителей германской юридической школы публицистовъ покойный Іеллинекъ занимаетъ, однако, особое мѣсто, и для того, чтобы составить себѣ представленіе о научной физіономіи Іеллинека, необходимо обратить вниманіе на ея своеобразныя, необыкновенно привлекательныя черты.

Являясь реакціей противъ научнаго синкретизма предшествующей эпохи, противъ искусственнаго привнесенія въ работу юриста органически ей чуждыхъ элементовъ, юридическая школа публицистовъ, въ лицѣ большинства своихъ представителей, впадаетъ, однако, въ противоположную крайность. Она переоцѣниваетъ значеніе догматики права; она отождествляетъ науку государственнаго права съ наукой о государствѣ, вообще; она презираетъ тщету философскихъ и политическихъ исканій; для нея соціологія—не наука.

Самоувѣренная ограниченность догматика Іеллинеку органически чужда. Онъ понимаетъ, что наука государственнаго права не можетъ охватить и постигнуть государства въ его цѣломъ, ибо государство имѣетъ характеръ двойственный: оно является не только правовымъ институтомъ, но и соціальнымъ явленіемъ. Наука государственнаго права—нормативная наука; она не можетъ постигнуть бытія государства, какъ соціальнаго факта. Односторонняя догматика, пытающаяся постигнуть цѣлое, никогда не достигнетъ этой цѣли.

Явленія государственной жизни безконечно разнообразны: они не вмѣщаются въ шаблоны юридическихъ категорій. Наряду съ на-

укой государственнаго права государство изучается соціальной наукой о государствѣ (Sociale Staatslehre) и политикой (Politik), какъ практической или прикладною наукой. Тотъ, кто хоть сколько-нибудь знакомъ съ современной германской литературой публичнаго права, тотъ не можетъ не признать, что Іеллинековское „Ученіе о современномъ государствѣ“ является опытомъ, единственнымъ въ своемъ родѣ,—единственнымъ по широтѣ и смѣлости захвата.

И въ другомъ отношеніи Іеллинекъ отличается выгоднымъ образомъ отъ догматиковъ-публицистовъ современной германской школы. Въ зависимости отъ историческихъ причинъ, на которыхъ останавливаться не время и не мѣсто, догматическая наука современной Германіи характеризуется узко формальнымъ, некритическимъ и безплоднымъ, позитивизмомъ. Правовѣрный догматикъ—всегда и необходимо позитивистъ. Подъ нормою права онъ понимаетъ велѣніе государственной власти, охраняемое и защищаемое организованнымъ принужденіемъ. Гдѣ нѣтъ жандарма—нѣтъ права. Необходимость философскаго углубленія идеи права отрицается или въ лучшемъ случаѣ игнорируется догматическимъ направленіемъ. Ничего нѣтъ удивительнаго въ томъ, что при такихъ условіяхъ догматическія системы, построенныя на неглубокомъ и непрочномъ фундаментѣ, подъ свѣжимъ дыханіемъ критики нерѣдко разлетаются, какъ карточный домъ.

Въ отличіе отъ большинства современныхъ германскихъ ученыхъ, Іеллинекъ сознательно стремится къ философскому обоснованію идеи права и государства, какъ необходимой предпосылки догматическихъ построеній.

По мнѣнію Іеллинека, основнымъ предположеніемъ публичнаго права,—и, слѣдовательно, науки о немъ—является правовая ограниченность, или связанность государства правомъ. Если государство не связано правомъ, у индивида въ отношеніи къ государству нѣтъ и не можетъ быть правъ, потому что у государства нѣтъ и не можетъ быть обязанностей въ отношеніи къ индивиду. Если государство не связано правомъ, его отношеніе къ индивиду является отношеніемъ силы, а не права. Публичное право, лишенное императивнаго характера, не можетъ быть правомъ, вообще.

Для того, чтобы доказать правовую ограниченность государства, Іеллинекъ въ отличіе отъ большинства позитивистовъ, разсматриваетъ право, какъ категорію человѣческаго духа, какъ „внутри-человѣческое явленіе“ (innermenschliche Erscheinung). Норма права—гетерономная норма; она сознается, переживается индивидомъ, какъ

продуктъ правотворческой дѣятельности государственной власти. Но конечное основаніе права заключается въ неподдающемся дальнѣйшему обоснованію убѣжденіи въ томъ, что оно есть право; благодаря такому убѣжденію право пріобрѣтаетъ нормативную силу, становится стимуломъ человѣческаго поведенія.

Государство творитъ право, но въ то же время оно самоограничивается имъ,—самоограничивается потому, что, по господствующимъ въ настоящее время воззрѣніямъ, абстрактныя волеизъявленія государственной власти, нормы создаваемаго имъ права, связываютъ и обязываютъ собственную его волю. Не смотря на наличность убѣжденія въ самой широкой свободѣ законодательнаго творчества, самому законодателю въ настоящее время чуждо теоретическое представленіе объ абсолютно несвязанной государственной власти.

Теорія правового самоограниченія государства,—излюбленная теорія Іеллинека, развиваемая и защищаемая имъ во всѣхъ его догматическихъ произведеніяхъ, является философскимъ основаніемъ, на которомъ онъ строитъ систему публичнаго права вообще, и отдѣльныхъ его институтовъ въ частности.

Іеллинекъ не только догматикъ. Во многихъ своихъ произведеніяхъ,—въ „Исторіи конституціоннаго кабинета“ въ „Декларацiи правъ гражданина и человѣка“, въ исторической части своего „Закона и указа“ онъ является историкомъ права. Кромѣ того, перу его принадлежитъ нѣсколько блестящихъ монографій, посвященныхъ политикѣ права,—вопросамъ о контролѣ надъ конституціонностью законовъ, о правахъ меньшинства, объ измѣненіи и преобразованіи конституцій, объ отвѣтственности имперскаго канцлера и др.

Но главныя и наиболѣе важныя его работы,—тѣ работы, которыми создано его научное имя, всецѣло относятся къ области догматики права. Я имѣю въ виду его „правовую природу международныхъ договоровъ“, „Ученіе о государственныхъ соединеніяхъ“, значительнѣйшую часть его „Закона и указа“, его „Систему субъективныхъ публичныхъ правъ“.

Въ краткомъ сообщеніи, посвященномъ памяти только что ушедшаго отъ насъ Іеллинека, не мѣсто критическому разбору его догматическихъ произведеній. Одну ихъ особенность необходимо, однако, отмѣтить.

Подобно географамъ, спеціалисты-ученые, вообще, бываютъ двоякаго рода: одни—открыватели новыхъ странъ; другіе—изслѣдователи странъ, уже давно открытыхъ. Одни раздвигаютъ границы, другіе углубляютъ содержаніе изучаемыхъ ими дисциплинъ. Въ

области науки публичнаго права Іеллинекъ безспорно является „открывателемъ новыхъ странъ“. Свои монографіи онъ посвящаетъ вопросамъ, наименѣе разработаннымъ, наименѣе извѣстнымъ въ наукѣ публичнаго права. Безъ всякаго преувеличенія можно сказать, что ученіе о государственныхъ соединеніяхъ создается Іеллинекомъ; до него это ученіе является въ наукѣ туманнымъ и безформеннымъ пятномъ. И точно также впервые, со времени паденія доктрины естественнаго права, конструируется на новыхъ началахъ Іеллинекомъ ученіе о субъективныхъ правахъ. По вѣрному замѣчанію Tezner'a, Іеллинекъ является первымъ, уяснившимъ значеніе проблемы субъективнаго права во всѣхъ областяхъ, прослѣдившимъ развитіе этой проблемы чрезъ всѣ развѣтвленія публичнаго права. А вопросъ объ отношеніи указа къ закону? Только въ послѣднее время публицисты начинаютъ сознавать, что вопросъ о разграниченіи сферы указной отъ сферы законодательной дѣятельности власти является наиболѣе важнымъ и въ то же время наиболѣе сложнымъ и труднымъ вопросомъ теоріи государственнаго права. Во всѣхъ литературахъ растетъ съ каждымъ годомъ число монографій, посвященныхъ этому вопросу. И вся эта работа научной мысли покоится на прочномъ фундаментѣ Іеллинековскаго „Gesetz und Verordnung“.

Поистинѣ неисчерпаемо богатство оригинальныхъ и новыхъ концепцій, плодотворныхъ идей, введенныхъ покойнымъ ученымъ въ обиходъ современной науки. Конечно, какъ во всякомъ научномъ произведеніи, и въ произведеніяхъ Іеллинека мы встрѣчаемся нерѣдко съ недоказанными, ошибочными, или спорными утвержденіями. Но, какъ справедливо замѣчаетъ самъ Іеллинекъ, значеніе научнаго труда измѣряется не количествомъ абсолютныхъ истинъ, содержащихся въ немъ, а исключительно тѣмъ, способенъ ли этотъ трудъ явиться стимулирующимъ моментомъ въ дальнѣйшемъ познательномъ процессѣ. И съ этой точки зрѣнія значеніе Іеллинековскихъ работъ безспорно. Глубокій и широкій слѣдъ, оставленный имъ въ наукѣ, объясняется, впрочемъ, не только содержаніемъ, но и формой его публицистическихъ произведеній. Рѣдко серьезной научной мысли удается найти для своего выраженія такую хрустальнопрозрачную форму. Языкъ Іеллинека—верхъ формальнаго совершенства. Въ спокойномъ теченіи стройныхъ и законченныхъ фразъ отчетливо слышится тотъ этическій пафосъ, которымъ проникнута его творческая мысль. Отсюда—та огромная сила пропаганды—die propagatorische Kraft, которая въ такой мѣрѣ свойственна произведеніямъ Іеллинека. Изученіе этихъ произведеній не

только обогащаетъ наши знанія; оно даритъ насъ художественнымъ наслажденіемъ. И кто изъ насъ, публицистовъ, отказался бы повторить, вслѣдъ за Tezner'омъ, въ примѣненіи къ Іеллинеку, слова, обращенныя Вагнеромъ къ Фаусту:

Mit euch, Herr Doctor, zu spazieren
ist ehrenvoll und bringt Gewinn

Вліяніе научнаго творчества Іеллинека выходитъ далеко за предѣлы германской науки; оно отчетливо сказывается на новѣйшихъ произведеніяхъ французской и италіанской школы. Но, быть можетъ, всего значительнѣй вліяніе, оказанное Іеллинекомъ на нашу отечественную, русскую науку. Какъ справедливо отмѣчено Ѳ. Ѳ. Кокошкинымъ, чрезъ аудиторію Іеллинека прошло большинство нашихъ нынѣшнихъ публицистовъ. Многія изъ его произведеній имѣются въ русскомъ переводѣ и—единственный въ своемъ родѣ фактъ—его „Ученіе о современномъ государствѣ“ потребовало второго изданія на русскомъ языкѣ.

Вліяніе Іеллинека на русскую науку отнюдь не случайно.

Необходимость перехода Россіи отъ строя неограниченной монархіи къ западно-европейской, конституціонно-монархической формѣ правленія сознается публицистической наукой Россіи задолго до манифеста 17 октября. И вмѣстѣ съ тѣмъ сознается, что для такого перехода недостаточно поверхностнаго знакомства общественной мысли съ совокупностью, такъ называемыхъ, конституціонныхъ идей, туманныхъ и неопредѣленныхъ неподдающихся непосредственному воплощенію въ жизнь. Политическая реформа настойчиво требовала ближайшаго знакомства съ конкретными формами конституціоннаго устройства,—съ системой въ ея цѣломъ и съ отдѣльными институтами конституціоннаго права. Такое знакомство почерпается отечественной наукой у догматиковъ — публицистовъ Германіи,—и, въ частности, у Іеллинека, наиболѣе выдающагося изъ нихъ. Научная пропаганда догматическихъ знаній не прошла для Россіи безслѣдно. При всѣхъ своихъ несовершенствахъ, наши новые основные законы категорической опредѣленностью, догматической твердостью своихъ постановленій являются для современной реакціи, временной и преходящей, серьезнымъ барьеромъ. Ихъ можно нарушить, но нельзя „разъяснить“.

И въ настоящее время предъ русской научной публицистикой поставлена жизнью огромная, по важности, задача: догматически осмыслить и конструировать наше новое, еще не сложившееся, кон-

ституціонное право. Рѣшая эту задачу, ей многому еще предстоитъ научиться у Іеллинека,—и, прежде всего научиться тому, какъ можно и должно разграничивать текучія явленія жизни при помощи устойчивыхъ и твердыхъ юридическихъ категорій.

Русская наука обязана Іеллинеку многимъ. Столичное юридическое общество исполнитъ свой долгъ, благоговѣйно почтивъ его память вставаніемъ.

По окончаніи сообщенія *В. М. Гессена* слово предоставляется второму *докладчику Л. Н. Яснопольскому*, сдѣлавшему докладъ слѣдующаго содержанія:

Положеніе доклада:

1. Логически необходимо различеніе между понятіями закона и акта управленія по содержанію, но это разграниченіе не относится къ области положительнаго права.

2. По своему содержанію актъ установленія бюджета долженъ быть признанъ актомъ управленія, а не законодательства.

3. Изъ предыдущаго тезиса не можетъ логически быть сдѣланъ выводъ, что представительныя учрежденія связаны въ правѣ измѣненія или исключенія кредитовъ, опирающихся на ранѣе изданные законодательные акты. Для такого вывода необходимо спеціальное ограниченіе, установленное въ законѣ.

4. Такимъ ограничительнымъ постановленіемъ по отношенію къ русской Гос. Думѣ и является статья 9 правилъ 8 марта 1906 г., но отнюдь не статья 94 осн. зак., гласящая, что „законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона". Съ отмѣной ст. 9 указанное ограниченіе падаетъ.

Однимъ изъ наиболѣе серьезныхъ ограниченій бюджетной компетенціи Гос. Думы является статья 9 бюджетныхъ правилъ 8 марта 1906 г.

Она преграждаетъ Думѣ путь къ сокращенію расходовъ, признаваемыхъ ею ненужными, но закрѣпленныхъ дѣйствующими законами или изданными въ порядкѣ верховнаго управленія Выс. повелѣніями [1]).

---

[1]) Ст. 9. При обсужденіи проекта государственной росписи, не могутъ быть исключаемы или измѣняемы такіе доходы и расходы, которые внесены въ проектъ росписи на основаніи дѣйствующихъ законовъ, положеній, штатовъ, росписаній, а также Высочайшихъ повелѣній, въ порядкѣ верховнаго управленія послѣдовавшихъ.

Какъ извѣстно, огромное количество кредитовъ, исторически наслоившихся въ теченіе болѣе чѣмъ столѣтія въ нашемъ расходномъ бюджетѣ, покоится или на актахъ законодательнаго характера эпохи прежняго режима, или же на Высочайшихъ повелѣніяхъ, изданныхъ до созыва первой Думы, отчасти же издаваемыхъ даже въ настоящее время. Ни одинъ изъ этихъ расходовъ не можетъ быть тронутъ Думою иначе, какъ въ сложномъ законодательномъ порядкѣ, не можетъ быть исключенъ или сокращенъ иначе, какъ при согласіи всѣхъ трехъ законодательныхъ инстанцій. Иначе говоря расходы эти могутъ продолжать свое существованіе и кредиты на нихъ продолжаютъ отпускаться даже противъ воли одной, а иногда быть можетъ даже обѣихъ палатъ. Между тѣмъ основной принципъ нашего новаго строя гласитъ, что ни одинъ законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Гос. Думы и Гос. Совѣта. Это несомнѣнное противорѣчіе могло бы имѣть частичное оправданіе, если бы дѣло шло о кредитахъ на содержаніе существующихъ государственныхъ учрежденій, ломать которыя въ бюджетномъ порядкѣ было бы конечно неправильно. Но и здѣсь фактически дѣло не столь невинно: наши учрежденія содержатъ въ своемъ составѣ столь много излишнихъ, или фактически незамѣщенныхъ должностей, что въ исторіи нашего бюджета чуть ли не всякій разъ въ трудные моменты государственной жизни издавались Выс. повелѣнія: „пересмотрѣть расходы, не стѣсняясь существующими штатами, учрежденіями и порядками". Такъ было въ 1850 г. послѣ Крымской войны, въ началѣ 80-хъ гг., когда Н. Х. Бунге энергично сталъ сокращать расходы, послѣ голода 1891 г. при Вышнеградскомъ, послѣ китайской войны 1900 г. Можно было бы еще умножить эти примѣры. Позволю себѣ сослаться только на одинъ всеподданнѣйшій докладъ министра финансовъ С. А. Грейга въ 1878 г.

Въ концѣ 1878 г. послѣ войны учреждена была особая высшая комиссія для сокращенія расходовъ подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя департамента экономіи Абазы... На всеподданнѣйшемъ докладѣ объ учрежденіи этой комиссіи Грейгъ пишетъ (29 дек. 1878 г.): „Комиссіи предоставляется подвергнуть пересмотру смѣты м-въ и отдѣльныхъ управленій, не стѣсняясь существующими штатами, постановленіями и порядками. Въ отношеніи расходовъ существующихъ... М-ръ ф-въ совершенно безсиленъ... такъ какъ большинство расходовъ основано на штатахъ и постановленіяхъ, до коихъ м-во ф-въ не можетъ касаться. Въ такомъ же положеніи къ смѣтамъ поставленъ и гос. контроль. Даже деп. гос. экономіи нахо-

дится въ этомъ отношеніи въ положеніи не болѣе выгодномъ. Останавливаясь передъ штатными и другими имъ подобными постоянными расходами деп. можетъ производить сокращенія или повѣркою исчисленій на расходы хозяйственные, или же уменьшеніемъ расходовъ временныхъ и единовременныхъ, штатами и постановленіями не опредѣленныхъ, но въ числѣ этихъ послѣднихъ—обнимающихъ впрочемъ по суммѣ незначительную, говоря сравнительно, долю гос. бюджета—заключаются расходы на разныя улучшенія и усовершенствованія, такъ что деп., для достиженія равновѣсія въ росписи, вынужденъ обращать свое вниманіе на сокращеніе расходовъ полезныхъ и оставлять въ росписи расходы, польза которыхъ для него сомнительна.

Съ теченіемъ времени возникаютъ новыя потребности... Рядомъ съ симъ многія изъ потребностей прежняго времени теряютъ значеніе при постоянномъ теченіи госуд. и народной жизни; онѣ остаются, однакожъ, попрежнему бременемъ на гос. казнѣ или потому, что съ удержаніемъ ихъ въ смѣтахъ связаны личные интересы или потому, что принятіе иниціативы въ подобнаго рода сокращеніяхъ не представляетъ отдѣльнымъ начальникамъ занятымъ текущими дѣлами и улучшеніями во ввѣренныхъ имъ частяхъ особенно заманчивыхъ побужденій. Такимъ образомъ кредиты этихъ расходовъ продолжаютъ существовать среди новыхъ учрежденій обветшалыми памятниками прежнихъ порядковъ или не вполнѣ удавшихся, но (?) цѣнныхъ нововведеній. Вообще нельзя не сознаться, что наше гос. управленіе и наше гос. хозяйство оказываются однимъ изъ самыхъ дорогихъ въ свѣтѣ“.

Но дѣло не только въ гос. учрежденіяхъ и штатахъ чиновниковъ. Въ нашемъ бюджетѣ могутъ имѣть мѣсто закрѣпленные прежними Выс. повелѣніями расходы на содержаніе комиссій, фактически давно не существующихъ, лицъ—давно умершихъ, расходы не подлежащіе оглашенію—неизвѣстно на какія именно надобности, притомъ, въ цифрѣ свыше 8 мил. руб. въ годъ, тогда какъ наибольшая цифра такихъ расходовъ на Западѣ—въ Германіи и Пруссіи не превышаетъ 1—2 мил. марокъ. Существуютъ у насъ десятки учрежденій съ 3-хъ-милліоннымъ бюджетомъ, учрежденій, юридически несуществующихъ, нигдѣ въ законѣ не упомянутыхъ—это охранныя отдѣленія, созданныя при Плеве въ 1901 или 1902 гг. и содержимыя въ счетъ кредита въ 3 м. р. по § 4 ст. 1 смѣты министерства внутреннихъ дѣлъ.

Можно привести изъ этой области курьезы вродѣ напр. двухъ

Выс. повелѣніемъ испрошенныхъ въ 1856 г., согласно которымъ ровно 50 лѣтъ, вплоть до 1906 г., фигурировали въ смѣтѣ деп. гос. казначества ежегодныя пособія двумъ дѣвицамъ впредь до выхода ихъ замужъ. Эта пестрая картина вызывала отрицательное отношеніе къ себѣ не только со стороны оппозиціи, но и со стороны весьма опытныхъ въ дѣлахъ государственныхъ и финансовыхъ, вполнѣ консервативно настроенныхъ дѣятелей прежняго режима. Такъ, нынѣшній предсѣдатель финансовой комиссіи Гос. Совѣта, В. П. Череванскій въ своемъ проектѣ бюджетныхъ правилъ, выработанномъ имъ въ 1905 г. для совѣщательной Думы предлагалъ, относительно нынѣ закрѣпленныхъ кредитовъ порядокъ, при которомъ такіе кредиты должны бы быть вновь оправданы особыми законодательными представленіями министровъ. Если бы они въ годичный срокъ не представили такихъ мотивированныхъ оправданій или ихъ предоставленія были бы отвергнуты хотя бы одною изъ законодательныхъ инстанцій—кредиты подлежали бы закрытію [1]). Цифровыя соотношенія различныхъ юридическихъ категорій кредитовъ въ нашемъ бюджетѣ (проектъ росписи на 1911 годъ) таковы: суммы кредитовъ: a) вовсе изъятыхъ отъ обсужденія Думы (кредиты по Имп. Двору, канцеляріямъ Его Величества и 10 мил. фондъ на непредусмотрѣнные росписью расходы)—27,6 мил. руб.; b) изъятыхъ отъ сокращенія вообще (платежи по гос. долгамъ)—406,3 мил. руб.;

---

[1]) См. въ матеріалахъ Особаго Совѣщанія (1905—1906 гг. подъ предсѣдательствомъ гр. Сольскаго) „Проектъ правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія финансовыхъ смѣтъ министерствъ и главныхъ управленій и государственной росписи доходовъ и расходовъ“ (составленъ Членомъ Государственнаго Совѣта Дѣйствительн. Тайнымъ Совѣтникомъ В. П. Череванскимъ) ст. 21. „Отъ бюджетной комиссіи зависитъ войти въ обсужденіе кредитовъ, испрошеніе коихъ основано на штатахъ и разрѣшеніяхъ, послѣдовавшихъ до учрежденія Государственной Думы, но съ соблюденіемъ слѣдующаго порядка:

a) При согласіи министровъ и главноуправляющихъ съ предположеніями бюджетной комиссіи о сокращеніи или совершенномъ закрытіи кредитовъ, таковые сокращаются и вовсе закрываются въ мѣрѣ предположеній комиссіи.

b) При несогласіи министровъ и главноуправляющихъ на таковое сокращеніе или закрытіе кредитовъ, они оставляются въ росписи условно, но министры и главноуправляющіе обязаны представить вопросъ о сихъ кредитахъ на разрѣшеніе законодательнымъ порядкомъ. Если законодательнаго разрѣшенія не послѣдуетъ или оно не будетъ испрошено въ теченіе смѣтнаго года, то условно допущенные кредиты закрываются“.

с) изъятыхъ отъ сокращенія иначе какъ съ согласія всѣхъ 3 инстанцій—въ законодательномъ порядкѣ (именно интересующіе насъ теперь кредиты забронированные ст. 9-ою)—569,5 м. р. и наконецъ, d) кредиты формально подлежащіе свободному обсужденію Думы, но при несогласіи Гос. Совѣта закрѣпляемые въ цифрѣ предыдущей росписи—1.689,8 м. р.

Допуская, что лишь 30—40 мил. ежегодныхъ расходовъ изъ рубрики с) могли бы быть сокращены, мы получаемъ капитализируя изъ 4% сумму въ 750 мил.—1 милліардъ рублей. Бросьте эту сумму на производительныя капитальныя затраты въ наше отсталое народное хозяйство и вы оцѣните тогда, какое значеніе имѣетъ въ нашихъ бюджетныхъ правилахъ разбираемая нами статья! Но оставимъ экономическую сторону дѣла и остановимся лишь на юридическомъ смыслѣ ст. 9 правилъ 8 марта. Экономическія блага—вещь важная, но выше ихъ—право, право представительныхъ учрежденій осуществлять въ наибольшей полнотѣ ту долю верховной законодательной власти, которая вытекаетъ изъ самой природы народнаго представительства.

Газета „Россія" однажды характеризовала политическое значеніе ст. 9 какъ своего рода военное положеніе въ области бюджета. Если такого рода мотивы и опасенія могли быть понятны въ устахъ защитниковъ прежняго строя, въ ту эпоху, когда уступавшій свое мѣсто абсолютный режимъ и нарождавшійся конституціонный строй стояли другъ противъ друга, какъ два явно вражескихъ вооруженныхъ лагеря, то и тогда, помимо всякихъ подобныхъ соображеній, уважающее себя представительное учрежденіе, казалось бы, не могло не протестовать противъ столь одіознаго ограниченія его бюджетныхъ правъ. Между тѣмъ мы видимъ иное. Большинство бюджетной комиссіи вотировало сохраненіе въ законѣ ст. 9, бюджетныхъ правилъ, опирая это самоограниченіе своей бюджетной компетенціи на нѣкоторыхъ теоретическихъ соображеніяхъ. Мы должны вкратцѣ напомнить ихъ.

Точку зрѣнія большинства бюджетной комиссіи съ наибольшею убѣжденностью выразилъ Р. Я. Эргардтъ, докладчикъ ея по данному вопросу. Онъ опираетъ свое разсужденіе на текстъ ст. 94 осн. зак., гласящей: „Законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона. Посему, доколѣ новымъ закономъ положительно не отмѣненъ законъ существующій, онъ сохраняетъ полную свою силу". „Не подлежитъ, по глубокому убѣжденію моему—говорилъ онъ въ засѣданіи бюджетной комиссіи 13 окт.

1909 г.—никакому сомнѣнію, что такія ассигновки, которыя основываются на законѣ, въ смѣтномъ порядкѣ отмѣняться не могутъ. Если бы у насъ не было ст. 9, то ст. 94 осн. зак. совершенно опредѣленно намъ предписываетъ не отказывать въ назначеніи въ смѣтахъ такихъ расходныхъ статей. Я полагаю,—продолжалъ онъ,—что ст. 9 могла бы быть отмѣнена, потому что она, какъ мнѣ представляется, совершенно лишняя, такъ какъ существуетъ ст. 94 осн. зак., которой совершенно достаточно; она намъ даетъ твердую почву, которая для насъ необходима въ этомъ дѣлѣ".

Ту же точку зрѣнія развивалъ и министръ финансовъ, еще ранѣе въ засѣданіи 15 января 1908 г., когда впервые обсуждался въ общемъ собраніи Думы вопросъ о передачѣ проекта измѣненія правилъ 8 марта въ комиссію: онъ называлъ ст. 9 бюджетныхъ правилъ лишь оборотной стороною ст. 94 осн. зак.

Эта, ясная на первый взглядъ, точка зрѣнія, прежде всего наталкивается на замѣчаніе, повидимому упускаемое изъ вида защитниками ея, но указанное министру финансовъ въ свое время депутатомъ бар. Мейендорфомъ въ его рѣчи 17 января 1908 г. [1]). Въ самомъ дѣлѣ, ст. 9 говоритъ не только о законахъ, но и Выс. повеленіяхъ въ порядкѣ верховнаго управленія воспослѣдовавшихъ. Если кредитъ, установленный Выс. повелѣніемъ, имѣетъ силу закона, то онъ можетъ быть отмѣненъ лишь въ законодательномъ порядкѣ. Для прежнихъ временъ и прежнихъ Выс. повелѣній это можетъ и не казаться страннымъ, ибо Выс. повелѣніе было закономъ, Выс. повелѣніе могло и отмѣнить законъ. Текстъ ст. 9 не оставляетъ сомнѣній въ томъ, что огромное количество кредитовъ нашего расходнаго бюджета, опирающееся на Выс. повелѣнія додумскаго періода, нынѣ не можетъ быть исключено иначе какъ въ законодательномъ порядкѣ.

---

[1]) Гос. Дума. III созывъ, сессія I, 1907-8, ч. I, стр. 1313:

„По ст. 94 ни одинъ законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона, а по ст. 86 никакой законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственной Думы и Государственнаго Совѣта Если признать, что ст. 9 смѣтныхъ правилъ есть оборотная сторона ст. 94 осн. зак., то мы пришли бы къ заключенію, что актамъ перечисленнымъ въ ст. 9 смѣтныхъ правилъ, примѣняются правила объ отмѣнѣ закона, и мы пришли бы къ выводу, едва ли раздѣляемому г. министромъ финансовъ, что Его Императорское Величество не въ правѣ Самъ Собственной властью отмѣнить Свои Высочайшія повелѣнія въ порядкѣ Верховной Власти изданныя, ибо только отмѣна въ порядкѣ закона была бы законна".

Но Выс. повелѣнія, издаваемыя нынѣ въ порядкѣ Верховнаго управленія въ настоящее время и устанавляющія новые расходы? Таковы, напр., назначенія личныхъ окладовъ высшимъ чинамъ по ст. 548 уст. о сл. гражд. Если ст. 9 бюджетныхъ правилъ 8 марта есть лишь „оборотная сторона" ст. 94 осн. зак., то не вытекаетъ ли изъ этого, что только что упомянутые кредиты не могутъ быть отмѣнены новымъ Выс. повелѣніемъ, а требуютъ отмѣны только въ законодательномъ порядкѣ? Логика требуетъ положительнаго отвѣта на этотъ вопросъ.

Этотъ недосмотръ защитниковъ разбираемаго нами толкованія, не можетъ быть, конечно, исправленъ и указаніемъ на ст. 11 осн. зак. Разъ Государь можетъ издавать въ соотвѣтствіи съ законами повелѣнія, естественно, онъ можетъ и отмѣнять ихъ; разъ съ ними связаны новые кредиты, было бы естественно, чтобы они могли и быть отмѣнены въ томъ порядкѣ, въ какомъ изданы. Но если признавать за ст. 9 бюджетныхъ правилъ значеніе лишь оборотной стороны ст. 94 осн. зак., логическій выводъ можетъ быть лишь одинъ: Государь имѣетъ право назначать личные оклады высшимъ чинамъ, но, разъ занесенный въ роспись, кредитъ такого рода не можетъ быть исключенъ изъ нея иначе, какъ въ порядкѣ законодательномъ. Таково разсужденіе бар. Мейендорфа, и оно, конечно, совершенно вѣрно. Ст. 94 осн. зак. не покрываетъ собою ст. 9 бюджетныхъ правилъ, ибо содержаніе ея несомнѣнно уже, чѣмъ содержаніе этой послѣдней, обнимая лишь законы, но не распространяясь на Выс. повелѣнія [1]). Такимъ образомъ аргументація бар. Мейендорфа вскрываетъ неожиданное для его оппонентовъ противорѣчіе, implicite заключенное въ ихъ разсужденіи. Дальнѣйшій ходъ мысли бар. Мейендорфа сводится къ тому, что бюджетъ по существу есть актъ управленія, а не законодательства, что поэтому кредиты, опирающіеся на законы не могутъ быть имъ отмѣнены [2]).

---

[1]) Въ другомъ отношеніи содержаніе ст. 94 шире, ибо распространяется, очевидно, на законодательные акты общаго, а не только бюджетнаго характера.

[2]) Расходъ бюджета основанъ на законѣ; если въ законахъ указаны суммы, то законъ примѣняется своею собственной силой, а утвержденіе его бюджетнымъ закономъ формальнымъ было бы только повтореніемъ. Слѣдовательно, бюджетный законъ по своему содержанію никогда закономъ быть не можетъ. Другое дѣло: дѣйствительно, во многихъ конституціяхъ, и у насъ, съ формальной стороны, государственная роспись является закономъ, т. е. это распоряженіе, этотъ

Что касается отмѣны или измѣненія кредитовъ, основанныхъ на законахъ, то согласно ст. 10 бюджетныхъ правилъ, для этого необходимы отмѣна или измѣненіе соотвѣтственныхъ законовъ. Дума и Совѣтъ должны идти здѣсь въ порядкѣ общей законодательной инициативы и процедуры, притомъ отдѣльно отъ бюджета, такъ что по смыслу ст. 9 бюджетныхъ правилъ („при обсужденіи проекта росписи") постановленія о такихъ измѣненіяхъ не могутъ быть вносимы въ текстъ бюджетнаго закона.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ограниченія наложенныя здѣсь на компетенцію палатъ, a fortiori распространяются и на министерство. Неоднократно имѣвшія мѣсто нарушенія имъ этого правила можно разсматривать только какъ злоупотребленія и само министерство, сколько намъ извѣстно, ни разу не рѣшалось открыто возводить въ принципъ возможность такого порядка. Основываются ли кредиты на законѣ или на Выс. повелѣніи (нынѣшняго времени) — они не могутъ быть отмѣнены волею одного министра или совѣта министровъ, а только волею всѣхъ трехъ законодательныхъ инстанцій въ первомъ случаѣ и волею Императора — во второмъ. Таковъ, на нашъ взглядъ не допускающій сомнѣній смыслъ статей 9 и 10 бюджетныхъ правилъ. Но возникаетъ вопросъ: всѣ эти ограниченія бюджетной компетенціи Гос. Думы и Гос. Совѣта опираются исключительно на силу статьи 9-й и дополняющей ее первой половины ст. 10-й или же они сохранялись бы и въ томъ случаѣ, если бы этихъ статей въ нашемъ законодательствѣ и не существовало?

Нашъ тезисъ, къ доказательству котораго должно служить все послѣдующее изложеніе, сводится къ тому, что эти ограниче-

---

планъ хозяйства создается съ соблюденіемъ тѣхъ же формальностей, которыя установлены для изданія законовъ. Это значитъ, что этотъ планъ хозяйства утверждается порядкомъ той же процедуры, которымъ устанавливаются законы. Но роспись есть законъ. (Стеногр. отч., ibid., стр. 1311). Здѣсь въ свою очередь разсужденіе бар. Мейендорфа оставляетъ пробѣлъ. А кредиты, опирающіеся на Выс. повелѣнія, т. е. также на акты Верховнаго управленія? Въ духѣ разбираемаго разсужденія вѣроятно надо было бы сказать, что порядку Верховнаго управленія подлежитъ рядъ актовъ обозначенныхъ въ основныхъ законахъ положительно и исчерпывающе. Эта область является исключеніемъ изъ общаго порядка управленія, слѣд. и кредиты, устанавливаемые въ силу этихъ прерогативъ короны могутъ ею же и только ею и отмѣняться. Если бы Дума или Гос. Совѣтъ пожелали отмѣнить Выс. повелѣніе и основанный на немъ кредитъ, они должны были бы идти въ этомъ дѣлѣ путемъ, указаннымъ для измѣненія законовъ.

нія создаются исключительно указанными статьями бюджетныхъ правилъ и съ отмѣною ихъ пали бы.

Наоборотъ, только что цитированное мнѣніе бар. Мейендорфа, также какъ и мнѣніе г. Эргардта, исходя изъ не вполнѣ однородныхъ порцій, сходятся въ томъ, что и съ отмѣною ст. 9 бюджетныхъ правилъ ограниченія палатъ въ измѣненіи кредитовъ, основанныхъ на законахъ (вопросъ объ отмѣнѣ Выс. повелѣній бюджетнаго характера долженъ здѣсь стоять особо) сохраняли бы свою силу. Съ ихъ точки зрѣнія, совершенно послѣдовательнымъ является мнѣніе, что ст. 9 въ сущности излишняя и сохраненіе ея желательно лишь для устраненія возникающихъ по поводу ея „недоразумѣній". Разбираемое толкованіе исходитъ—и не можетъ не исходить—изъ утвержденія, что бюджетъ не есть такой же законъ, какъ законы, упоминаемые въ ст. 94. Иначе, естественно, указаніе на эту статью не могло бы служить возраженіемъ; иначе бюджетнымъ закономъ, очевидно, могъ бы быть отмѣненъ какой угодно кредитъ, основанный на ранѣе изданномъ законѣ. Мелкія, техническія по существу детали, отличающія „законодательный" порядокъ отъ „смѣтнаго", врядъ ли могли бы служить здѣсь отводомъ и не изъ за нихъ идетъ борьба вокругъ ст. 9 бюджетныхъ правилъ. Разъ проектъ бюджета есть такой же законопроектъ, какъ всякій иной, то въ немъ, какъ и во всякомъ законопроектѣ, палатами могутъ быть сдѣланы какія угодно измѣненія, исключенія и добавленія. Иными словами, каждый кредитъ, входящій въ него, можетъ быть оставленъ въ немъ, только при согласіи всѣхъ трехъ инстанцій: Думы, Совѣта и Государя; причемъ, надо замѣтить, Верховная власть стѣснена въ дѣлѣ отклоненія неугодныхъ ей кредитовъ, ибо можетъ противодѣйствовать имъ лишь путемъ отказа отъ санкціи всего бюджета въ цѣломъ [1]). При несогласіи одной изъ трехъ законодательныхъ инстанцій на оставленіе какого бы то ни было кредита онъ не могъ бы быть навязанъ ей волею даже обѣихъ другихъ, ибо, по основному конституціонному принципу, выраженному и въ нашихъ осн. законахъ: „Никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора" (ст. 86).

Очевидно, чтобы можно было поддерживать разсматриваемое нами теперь толкованіе, необходимо признавать, что бюджетъ не

[1]) То же относится, конечно, и къ отклоненію Верховною властью законовъ не бюджетнаго характера.

есть такой же законъ, какъ другіе законы. Что въ формальномъ смыслѣ онъ есть законъ—этого никто не отрицаетъ. Но выдвигается утвержденіе, что по самому своему *существу*, по своему юридическому *содержанію* бюджетъ не есть законъ, именно, что онъ есть *актъ управленія*, лишь облеченный въ законодательную форму. А такъ какъ управленіе должно быть подзаконно, не должно противорѣчить существующимъ законамъ, или нарушать ихъ, то необходимый логическій выводъ: *бюджетный актъ юридически безсиленъ отмѣнять доходы или расходы, покоящіеся на дѣйствующихъ законахъ* [1]).

Такова логическая основа аргументаціи защитниковъ сохраненія ст. 9 бюджетныхъ правилъ.

Вокругъ этой статьи накопилась у насъ уже цѣлая полемическая и апологетическая литература. Но этого мало, ибо тѣ теоретическіе доводы, которые приводятся въ защиту ея, покоятся на весьма сложныхъ юридическихъ основахъ, развитыхъ и вызывавшихъ въ теченіе цѣлыхъ десятилѣтій страстную полемику въ германской литературѣ. На Западѣ споръ теперь затихъ. Практическіе политическіе мотивы, придававшіе ему особую жгучесть, теперь въ значительной мѣрѣ утратили эту остроту. Но эти же мотивы нынѣ неизбѣжно создаютъ почву для спора у насъ и заставляютъ пересматривать то, о чемъ диспутировали въ Пруссіи съ первыхъ лѣтъ конституціоннаго режима и со временъ бюджетнаго конфликта 1862—1866 г.г., въ политической обстановкѣ, которая въ нѣкоторыхъ чертахъ поразительно сходна съ нашей теперешней. Съ другой стороны, споръ оставилъ свой серіозный слѣдъ въ теоріи государственной науки, углубивши изученіе болѣе общихъ вопросовъ о законѣ и о юридической природѣ бюджета. Подкрѣпленіемъ устанавливаемому выше тезису является ученіе, завоевавшее себѣ господство въ германской наукѣ развитое и поддержанное такими корифеями германскаго государствовѣдѣнія, какъ Р. Гнейстъ, П. Лабандъ и Г. Іеллинекъ. И если мы задаемся цѣлью выяснить юридическія основы только что приведенной аргументаціи, мы должны будемъ отъ русскихъ ея приверженцевъ перейти къ этому теоретическому первоисточнику.

Боевую роль въ исторіи вопроса сыграла статья Лабанда, по-

---

[1]) Для простоты не будемъ говорить о доходахъ, ибо насъ интересуетъ теперь лишь вопросъ о расходныхъ кредитахъ.

явившаяся въ 1871 г. [1]). Ея основныя положенія остались неизмѣнны и лишь развились и утончились въ его Staatsrecht des Deutschen Reichs; нѣкоторыя детали, повидимому, онъ самъ отбросилъ. На этихъ основныхъ тезисахъ мы и остановимся, они какъ разъ соотвѣтствуютъ лишь въ болѣе углубленной формѣ тому силлогизму, который скрытъ въ приведенныхъ выше разсужденіяхъ нашихъ защитниковъ ст. 9.

Тезисы теоріи, формулированной Laband'омъ, какъ извѣстно, заключаются въ слѣдующемъ: „не всякое волеизъявленіе государства есть законъ, а лишь содержащее въ себѣ правовое положеніе (Rechtssatz), норму для урегулированія или опредѣленія правовыхъ отношеній“ (op. cit., стр. 3). „Существенный критерій закона состоитъ, такимъ образомъ, въ его содержаніи, является критеріемъ матеріальнымъ. Бюджетъ, какъ таковой, не содержитъ въ себѣ никакихъ правовыхъ нормъ. Бюджетъ есть *разсчетъ* (Rechnung) доходовъ и расходовъ, притомъ не дѣйствительно имѣвшихъ мѣсто, а лишь ожидаемыхъ въ будущемъ. Всякій разсчетъ, однако, содержитъ въ себѣ не нормы, менѣе всего правовыя нормы, но факты... Какъ общее правило, бюджетъ не обосновываетъ никакихъ юридическихъ обязанностей по отношенію къ доходамъ или расходамъ, онъ уже предполагаетъ ихъ наличность и лишь сводитъ вмѣстѣ ихъ финансовые результаты... Необходимость бюджета есть слѣдствіе не опредѣленной формы гос. строя, а результатъ обширнаго объема, какого достигло гос. хозяйство; и установленіе бюджета удовлетворяетъ потребности не права, а хозяйства“ (ibid., 13). „Ни установленіе бюджета для будущаго времени, ни контроль счетовъ за прошедшій періодъ времени не имѣютъ ничего общаго съ законодательною дѣятельностью, а принадлежатъ исключительно къ функціямъ *управленія*, и право, принадлежащее въ обоихъ случаяхъ народному представительству, характеризуется не какъ участіе въ т. наз. законодательной власти, а какъ участіе въ т. наз. исполнительной власти... гос. управленіе ставится здѣсь подъ постоянный контроль народнаго представительства“ (ibid., 13).

Лабандъ привѣтственно цитируетъ (ibid., 14) рѣчь одного изъ депутатовъ сѣверогерманскаго рейхстага 1867 г.: „я считаю актъ установленія бюджета не за актъ законодательства, а за актъ упра-

---

[1]) P. Laband. Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde (Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen 1871 и отд.).

вленія и участіе народнаго представительства въ установленіи бюджета—за актъ *самоуправленія*, за актъ рѣшающаго участія въ самой высшей области гос. управленія". „Изъ принципа, что установленіе бюджета есть актъ управленія, совершаемый въ формахъ законодательства, вытекаютъ широкія государственно-правовыя слѣдствія" (ibid., 19). „Долженъ быть установленъ верховный принципъ, какъ аксіома, не подлежащая дальнѣйшимъ доказательствамъ, что гос. управленіе должно вестись сообразно съ законами. Если приложить это къ тезису, что установленіе бюджета есть актъ управленія, получается юридическое положеніе—установленіе бюджета должно происходить сообразно существующему праву, *имъ* народное представительство столь же связано, какъ и правительство. Поскольку дѣйствуютъ законы, опредѣляющіе прямо или косвенно какіе-либо доходы или расходы, при установленіи бюджета свободному рѣшенію поставлены границы, соблюденіе которыхъ, какъ для правительства, такъ и для ландтага является государственно-правовымъ долгомъ" (ibid., 19—20).

Таковы основныя положенія теоріи Лабанда.

Основной, интересующій насъ вопросъ: является ли государственный бюджетъ закономъ по своему содержанію, или же актомъ управленія? Что бюджетъ въ современномъ правовомъ государствѣ является закономъ *по формѣ*, это не возбуждаетъ спора. Вопросъ, только что поставленный, слѣдовательно, можетъ получить отвѣтъ лишь при рѣшеніи болѣе общаго вопроса: возможно ли вообще разграниченіе законовъ отъ актовъ управленія по ихъ *содержанію?* Научная классификація государственныхъ функцій логически невозможна безъ образованія общихъ понятій, получаемыхъ путемъ абстракціи изъ разсмотрѣнія отдѣльныхъ проявленій дѣятельности государственныхъ органовъ. Такая абстракція даетъ въ результатѣ общія понятія актовъ и функцій *законодательнаго* характера, *судебнаго, административнаго*. Эти понятія не находятся въ неразрывной связи съ классификаціей тѣхъ государственныхъ органовъ, которымъ въ исторіи развитія государства присваиваются соотвѣтственныя наименованія. Исторически разграниченіе государственныхъ функцій между ними измѣнчиво. Наиболѣе обособлена, казалось бы, судебная функція. Но если мы вспомнимъ о новѣйшихъ теченіяхъ, сближающихъ судью съ законодателемъ, если вспомнимъ о той роли, какую играли судебныя рѣшенія въ выработкѣ англійскаго common law, то должны будемъ отказаться отъ намѣренія признать неразрывность связи, или по крайней мѣрѣ параллелизмъ между со-

отвѣтственными органами государственной дѣятельности и его функціей.

Любопытнѣйшій процессъ, развертывающійся на нашихъ глазахъ въ странахъ развитого парламентаризма, сводится къ тому, что стирается прежде столь рѣзкая грань между компетенціей представительныхъ учрежденій и правительственной власти и рядъ функцій по существу законодательныхъ, или ранѣе признававшихся таковыми предоставляется этой послѣдней [1]). Мы были бы совершенно безсильны квалифицировать всѣ эти серьезные и глубокіе процессы въ развитіи современнаго государства, если бы строили наши понятія о его функціяхъ не по содержанію проявленія государственной дѣятельности, а по тѣмъ органамъ, которымъ они принадлежатъ.

Особенно измѣнчиво и неопредѣленно соотношеніе между функціями законодательныхъ и административныхъ органовъ. Если бы мы, абстрагируя общія черты присвоенныхъ тѣмъ или другимъ изъ нихъ функціямъ, пытались установить критерій для различія—врядъ ли мы могли бы пойти дальше чисто-субъективнаго и исторически измѣнчиваго принципа: болѣе „важныя" дѣла подлежатъ органамъ законодательной власти, менѣе важныя—административной. G. Cahen въ своей книгѣ „La loi et le reglement" приводитъ такіе примѣры: по французскому праву муниципальные совѣты заключаютъ займы, покрываемые изъ обыкновенныхъ рессурсовъ и срокомъ не далѣе 30 лѣтъ своею властью. Сверхъ 30 лѣтъ требуется утвержденіе префекта. Заемъ съ погашеніемъ въ срокъ свыше 30 лѣтъ изъ чрезвычайныхъ рессурсовъ разрѣшается декретомъ президента республики. Заемъ свыше 1 мил. фр.—въ законодательномъ порядкѣ. Автсризація женскихъ монастырей происходила до послѣдняго времени въ законодательномъ порядкѣ. Мужскихъ—до закона 1901 г.—декретомъ президента.

Если бы мы стали искать объективнаго критерія для разграниченія разбираемыхъ понятій, то опять-таки врядъ ли пошли бы дальше распространившагося, но далеко не опредѣленнаго положенія, что законодательство имѣетъ дѣло, *главнымъ образомъ*, съ установленіемъ болѣе или менѣе общихъ правовыхъ нормъ,

---

[1]) Это отраженіе въ области понятія о „законѣ" процесса перехода современнаго конституціоннаго государства отъ состоянія, такъ сказать „вооруженнаго мира" между представительными учрежденіями и исполнительной властью къ состоянію „общественной солидарности" интересно анализируется въ книгѣ Maxime Leroy. La loi. Paris. 1908.

управленіе —главнымъ образомъ съ ихъ примѣненіемъ къ конкретнымъ случаямъ и съ разнообразной распорядительной дѣятельностью въ сферѣ удовлетворенія государственныхъ потребностей, которая можетъ явиться дѣятельностью не только infra legem, но и praeter legem, а въ извѣстныхъ случаяхъ государственной необходимости, какъ исключеніе даже и contra legem.

Но полученное такимъ эмпирическимъ путемъ обобщеніе не можетъ претендовать ни на какое другое значеніе кромѣ чисто-описательнаго—лишь изображенія существующихъ фактовъ. Изъ него нельзя было бы сдѣлать никакихъ императивныхъ выводовъ въ правовой области.

Инымъ путемъ возникаетъ понятіе „закона“ въ матеріальномъ смыслѣ, какъ нормы, регулирующей правовыя отношенія. Исходя изъ того же эмпирическаго обобщенія, теоретическая мысль возводитъ его въ принципъ. Исходя изъ общихъ понятій о государствѣ и его функціяхъ, она создаетъ здѣсь императивное понятіе: правовыя отношенія въ государствѣ д о л ж н ы регулироваться нормами, обладающими силою закона: никакіе другіе акты гос. органовъ н е д о л ж н ы нарушать ихъ и вступать съ ними въ противорѣчіе, доколѣ онѣ не отмѣнены въ томъ же строгомъ порядкѣ, въ коемъ изданы.

Наоборотъ, акты, не имѣющіе характера такихъ нормъ, должны играть по отношенію къ нимъ подчиненную роль.

Никакого иного пониманія въ терминѣ закона и акта управленія въ матеріальномъ смыслѣ, на нашъ взглядъ, вложить нельзя.

Если такъ — какіе изъ этого могутъ быть сдѣланы выводы? Имѣютъ ли, или должны ли имѣть акты, которымъ присущъ характеръ „нормъ, регулирующихъ правовыя отношенія“, силу закона, которому ничто не должно противорѣчить, въ какомъ порядкѣ они ни были бы изданы? Этого, конечно, авторы теоріи не могутъ утверждать. Они дѣлаютъ только отрицательный выводъ: акты, не имѣющіе характера такихъ нормъ, въ какомъ бы порядкѣ они ни были изданы, юридически не могутъ и не должны становиться въ противорѣчіе съ актами, имѣющими таковой характеръ. Этому выводу придается не только политическое истолкованіе; не только говорится: н е д о л ж н ы, но и опредѣленное ю р и д и ч е с к о е: нарушающіе законъ акты, не имѣющіе характера закона, юридически ничтожны, хотя бы они были изданы компетентными законодательными органами.

Вотъ это проецированіе политическихъ постулатовъ въ области положительнаго права намъ представляется логически незакономѣрнымъ. Міръ юридическихъ, положительно-правовыхъ требованій есть узкая, условная практическая сфера, которая по самой природѣ своей можетъ мириться съ алогичнымъ, ирраціональнымъ, но не можетъ мириться только съ однимъ — съ неопредѣленностью, шаткостью и, вслѣдствіе того, съ произвольностью. Борьба съ произволомъ—высшая задача права, хотя бы средствомъ для этой борьбы служило то же произвольное установленіе тѣхъ или иныхъ нормъ.

Есть ли однако это различіе — различіе юридическое? „Правовыя понятія—говоритъ Іеллинекъ въ методологическомъ введеніи къ его Lehre von den Staatenverbindungen, предостерегая отъ смѣшенія политической и юридической точки зрѣнія—всегда имѣютъ опредѣленныя грани (sind allemal kantig): раствореніе одного въ другомъ было бы смертью для науки, смертью для правовой жизни. Для цивилистовъ и криминалистовъ это не представляетъ новой истины. Какія несказанныя опасности для жизни, семьи и собственности вытекали бы изъ утвержденія, что границы между отдѣльными правовыми актами и деликтами текучи, напримѣръ, между куплей и наймомъ, между бракомъ и конкубинатомъ, между простымъ умерщвленіемъ и умышленнымъ убійствомъ! Вѣдь именно въ томъ и состоитъ сущность права, что оно разграничиваетъ другъ отъ друга текучія жизненныя отношенія посредствомъ твердо установленныхъ понятій. Гдѣ только понятія начинаютъ попадать въ гераклитовскій потокъ вещей — тамъ юриспруденція теряетъ свойственную ей область. Утверждать, что въ государственномъ и международномъ правѣ понятія не могутъ быть съ такою же опредѣленностью, какъ въ частномъ, процессуальномъ или уголовномъ правѣ, это значитъ кореннымъ образомъ отрицать за этими обѣими юридическими дисциплинами научный характеръ" [1]). Ни одна правовая система въ мірѣ не могла бы установить какъ положительную норму, тотъ принципъ разграниченія между понятіями закона и акта управленія по ихъ содержанію, который отмѣченъ выше. Если бы такая попытка даже была возможна, она привела бы къ самоупраздненію. Достаточно напомнить попытки отдѣлить эти два понятія для періода абсолютнаго режима. „Къ несчастью — иронизируетъ Martitz—законодательные акты никогда

[1]) G. Iellinek. Die Lehre von den Staatenverbindungen. 1882, стр. 15.

не обнаруживаютъ, облечены ли они величіемъ матеріальнаго закона или они имѣютъ въ виду играть болѣе скромную роль закона лишь формальнаго. Это скорѣе является вопросомъ примѣненія правовыхъ нормъ, т. е. дѣломъ по преимуществу правительственной власти. Къ несчастью, эта послѣдняя никогда не имѣетъ готовности считаться съ мнѣніями представителей гос.-правовой науки и спрашивать у нихъ, создается ли актомъ, для котораго конституціею требуется законодательный порядокъ, связывающая эту власть правовая норма, или же въ такихъ случаяхъ дѣло идетъ для нея лишь о формальностяхъ при осуществленіи акта управленія, который самъ по себѣ правомѣренъ. Она находится такимъ образомъ въ пріятномъ положеніи спокойнаго ожиданія съ развязанными руками: сможетъ ли парламентъ убѣдить ее въ государственно-правовой некорректности занятой ею позиціи [1]). Leroy приводитъ любопытный случай: Резолюціей 23 іюня 1871 г. національное собраніе постановило избрать комиссію, чтобы выдѣлить между 1016 декретами правительства національной обороны тѣ, которые имѣли законодательный характеръ. Докладчикъ комиссіи Taillefer констатировалъ затрудненія, которыя скрывала въ себѣ задача: руководствоваться названіемъ акта нельзя было, все это были декреты правительства, совмѣщающаго въ себѣ и законодательную и административную власть. Пытались прибѣгнуть къ критерію матеріальному по содержанію актовъ, но, по признанію докладчика, примѣненіе этого пути не всегда было лишено затрудненій и вызывало колебанія. Въ концѣ концовъ докладчикъ призналъ, что оказался возможенъ лишь формальный критерій и законодательными признаны были лишь акты, отмѣнявшіе или отмѣнившіе дѣйствовавшіе законы (Leroy 109).

Такое рѣшеніе есть, конечно, отказъ отъ возможности интересующаго насъ разграниченія, отказъ со стороны учрежденія, обладавшаго компетенціей рѣшить вопросъ по своему произволу. Эта любопытная иллюстрація не есть, конечно, доказательство: комиссія національнаго собранія не была и не могла быть воспитана на ученіяхъ нѣмецкихъ юристовъ. Быть можетъ, тогда она была бы смѣлѣе. Но какъ бы хорошо она ни сдѣлала свое дѣло—выводъ могъ бы быть лишь одинъ: закономъ было бы признано то, что было бы признано таковымъ уполномоченною на то властью—кри-

[1]) v. Martitz. Ueber den Konstitutionellen Begriff des konstitutionellen Gesetzes. (Ztschr. für die ges. Staatswissenschaft 1880 г. S. 226.

терій формальный и никакой другой критерій не въ силахъ былъ бы придать юридическому положенію силу закона. Обратно, какова бы ни была по содержанію норма, признанная органомъ подлежащей власти за законъ—она не могла бы не быть закономъ, т. е. обладала бы свойствомъ, вступая въ противорѣчіе съ другими, болѣе ранними нормами, обладающими такою же юридической силой, отмѣнять ихъ или парализовать ихъ дѣйствіе.

При такомъ положеніи дѣлъ, установленіе критерія для разграниченія актовъ законодательства отъ актовъ управленія по ихъ содержанію можетъ сохранять въ полной мѣрѣ свое значеніе въ системѣ абстрактныхъ понятій государственной науки, можетъ давать принципъ для научной классификаціи явленій, можетъ и должно являться руководящимъ началомъ для практики, высоко цѣниться de lege ferenda, но оно не имѣетъ юридически обязательнаго значенія de lege lata.

Его роль—не въ сферѣ положительнаго права, а въ области, логически точнѣе всего опредѣляемой, какъ политика права [1]).

Резюмируемъ нашъ первый тезисъ: *разграниченіе между понятіями закона и акта управленія по содержанію логически неизбѣжно. Оно необходимо и плодотворно для теоріи, но изъ него не можетъ быть сдѣлано опредѣленныхъ положительно-правовыхъ выводовъ, которые регулировали бы на практикѣ компетенцію тѣхъ или иныхъ органовъ гос. власти.*

Является ли актъ установленія гос. бюджета по существу своему актомъ управленія или законодательства?

Съ формальной точки зрѣнія, единственно доступной положительному праву, вопросъ рѣшается—и рѣшался въ исторіи—различно. Въ конституціонномъ государствѣ, какъ правило, актъ установленія бюджета есть формальный законъ. Соотвѣтствуетъ ли содержаніе этого формально-законодательнаго акта указанному выше объективному признаку разграниченія актовъ законодательства и управленія? Каково содержаніе бюджетнаго закона: его цѣль опредѣлить на извѣстный періодъ времени денежныя средства, необходимыя для удовлетворенія потребностей гос. жизни, и ассигновать эти средства на данныя потребности. Собираніе средствъ и дѣйствительное употребленіе ихъ на соотвѣтственное назначеніе—дѣло

[1]) M. Hauriou (Précis du droit administratif) подтверждаетъ ту же мысль: „La distinction de la loi et du réglement est donc d'ordre politique" (M. Leroy, op. cit., стр. 110).

опредѣленныхъ распорядительныхъ и исполнительныхъ гос. органовъ. И эта дѣятельность законодательныхъ органовъ по опредѣленію и ассигнованію необходимыхъ средствъ, и дѣйствительное выполненіе этой задачи органами управленія является чисто-хозяйственною дѣятельностью, не создающею никакихъ правовыхъ нормъ. Въ этомъ смыслѣ приведенная нами характеристика бюджета, даваемая Лабандомъ, вѣрна.

Но исчерпываетъ ли она содержаніе бюджетнаго закона? Martitz въ цитированной статьѣ указываетъ, что Лабандъ упускаетъ изъ вида другую сторону въ содержаніи бюджетнаго акта: разрѣшеніе или полномочіе, предоставляемое имъ органамъ управленія, взимать налоги и собирать прочіе гос. доходы, или—гдѣ эта функція отдѣлена отъ бюджета—только производить расходы. Это указаніе неправильно. Лабандъ не упускаетъ изъ вида этой стороны дѣла, онъ ее категорически отрицаетъ, указывая, что подобное полномочіе дается органамъ управленія не бюджетнымъ закономъ, а общими гос. законами, опредѣляющими обязанности и компетенцію органовъ гос. управленія. Ergo—бюджетный законъ не создаетъ никакой правовой нормы, не имѣетъ юридическаго содержанія, и не можетъ являться, поэтому, закономъ въ матеріальномъ смыслѣ.

Противъ этого тезиса Лабанда обрушивается въ своей критикѣ Haenel [1]). Основное его возраженіе то, что, помимо общаго полномочія, онъ различаетъ въ содержаніи бюджетнаго закона спеціальное полномочіе, даваемое имъ органамъ управленія по отношенію къ данному бюджетному періоду, къ даннымъ гос. средствамъ и къ расходованію ихъ на данныя гос. потребности. Это полномочіе есть подлинная норма, регулирующая правовыя отношенія—ergo—бюджетъ есть законъ, по содержанію именно подходящій подъ опредѣленіе Лабанда. Здѣсь Haenel, отрицающій правомѣрность образованія понятія закона въ матеріальномъ смыслѣ, идетъ, такъ сказать, противъ самого себя, чтобы разбить противника. Наоборотъ, Jellinek [2]), стоя на точкѣ зрѣнія Лабанда и признавая бюджетъ по содержанію актомъ управленія, указываетъ на его юридическое содержаніе, опредѣляя его не какъ полномочіе, даваемое органамъ управленія, а какъ необходимое условіе для того, чтобы они получили право вести финансовое хозяйство.

---

[1]) A. Haenel. Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. 1888.

[2]) G Iellinek. Gesetz und Verordnung. 1887. S. 292—293.

Лабандъ, критикуя Іеллинека [1]), справедливо указываетъ, что это въ сущности лишь игра словами, что одно понятіе совпадаетъ съ другимъ.

Но есть ли такое полномочіе правовая норма—достаточный критерій для признанія за бюджетнымъ закономъ значенія закона въ охарактеризованномъ выше матеріальномъ смыслѣ? Мы позволяемъ себѣ думать, что возможно конструировать данный случай иначе. Спеціальное полномочіе, даваемое какому-либо исполнительному органу, является совершенно естественнымъ и неизбѣжнымъ ингредіентомъ понятія управленія. На всѣхъ ступеняхъ административной іерархіи дѣятельность управленія включаетъ въ себя два элемента: предписаніе, разрѣшеніе, полномочіе со стороны высшаго органа, исполненіе—со стороны низшаго.

Почему же соотношенія между законодательными учрежденіями и органами управленія въ области бюджета не могутъ быть совершенно точно охарактеризованы этими соотношеніями въ области управленія?

Можно подраздѣлять понятія Rechtsbefehl и Verwaltungsbefehl. Можно сказать, что особая природа законодательныхъ учрежденій, выступающихъ въ роли руководителей гос. управленія, создаетъ отличіе въ юридической силѣ полномочій, даваемыхъ ими, сравнительно съ дѣятельностью распорядительной власти; можно сказать, что тамъ данное распоряженіе можетъ быть всегда отмѣнено, здѣсь же необходимъ для такой отмѣны законодательный порядокъ. Но нельзя не признать, что по своему типу бюджетная функція палатъ аналогична функціи управленія, а не законодательства. Такимъ образомъ можно считать актъ установленія бюджета актомъ управленія по его содержанію—актомъ законодательства по его юридической формѣ. Въ этомъ содержаніе нашего второго тезиса.

III.

Какъ указано выше, Лабандъ изъ этого тезиса, служащаго для него меньшей посылкой силлогизма, дѣлаетъ выводъ, что представительныя учрежденія при установленіи бюджета юридически связаны постановленіями дѣйствующихъ законовъ. Большей посылкой силлогизма является „аксіома": государственное управленіе должно вестись сообразно съ законами. „Это основное по-

[1]) P. Laband. Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 4 изд. IV, 536.

ложеніе—продолжаетъ онъ—есть постулатъ современнаго сознанія, принципъ, врѣзавшійся въ правосознаніе нашего времени, хотя бы и безъ явной санкціи конституціонныхъ актовъ".

Приведенный тезисъ не подвергается у Лабанда болѣе точному анализу, между тѣмъ содержаніе его двойственно. Къ нему приложимо какъ разъ Лабандовское разграниченіе формальной и матеріальной точки зрѣнія. По отношенію къ органамъ исполнительной власти данное положеніе является дѣйствительно однимъ изъ исторически выросшихъ краеугольныхъ камней правового строя современнаго государства: они должны вести гос. управленіе въ соотвѣтствіи съ законами. Лишь въ строго-опредѣленныхъ случаяхъ закономъ же опредѣляется пріостановка общихъ законовъ и администраціи даются спеціальныя и чрезвычайныя полномочія, также опредѣляемыя закономъ. И можно представить себѣ лишь совершенно исключительные случаи въ жизни государства, когда и этого оказывалось бы недостаточно. Такова формальная сторона даннаго тезиса, регулируемая строжайшими нормами положительнаго законодательства.

Разсматриваемый съ матеріальной точки зрѣнія, онъ гласитъ: гос. управленіе должно вестись сообразно съ законами. Это руководящая норма для политической жизни государства, регулируемая политической цѣлесообразностью, высшими интересами государственнаго блага. Высшіе органы гос. власти не являются органами подчиненнаго управленія, но и они должны руководиться этимъ принципомъ. Если положить, что для своего вывода Лабандъ подставляетъ въ тезисъ, принимаемый имъ за аксіому, формальный смыслъ его, то силлогизмъ распадается: акты управленія въ формальномъ смыслѣ (т. е. акты органовъ исполнительной власти, не должны нарушать существующихъ законовъ (большая посылка); установленіе бюджета есть актъ управленія въ матеріальномъ смыслѣ (меньшая посылка). Вывода не можетъ быть сдѣлано, ибо понятія, имѣющіяся въ посылкахъ, различны.

Сверхъ того, большая посылка, принимаемая Лабандомъ за аксіому, можетъ считаться таковою для современнаго правосознанія лишь поскольку она относится къ органамъ исполнительной власти, актъ же установленія бюджета есть функція законодательныхъ учрежденій. Если же взять большую посылку силлогизма, разсматривая ее въ матеріальномъ смыслѣ, то она также не даетъ права на соотвѣтственный выводъ. Что гос. управленіе должно вестись сообразно законамъ – съ точки зрѣнія политической цѣле-

сообразности—это положеніе можетъ быть постулатомъ политики права, но не нормой положительнаго права. Тогда понятіе „акта управленія" въ обѣихъ посылкахъ будетъ одинаково, но выводъ не можетъ быть сдѣланъ, ибо политическіе постулаты не уполномачиваютъ на юридическіе выводы: изъ области политической теоріи нельзя дѣлать проекцій въ область положительнаго права. Іеллинекъ, отбрасывая разобранный силлогизмъ Лабанда, строитъ теорію „gebundene Gesetzgebung". Основою ея является тезисъ, что правовой строй въ его цѣломъ господствуетъ и подчиняетъ себѣ даже органы свободной дѣятельности государства—органы законодательной власти. Но общій духъ его теоріи сводится опять таки къ тому, что связанность законодательныхъ учрежденій является лишь политическимъ постулатомъ, а не юридическимъ veto, какъ у Лабанда, и въ такой постановкѣ, конечно, она не можетъ быть отрицаема. Изъ этого же тезиса, что бюджетъ есть актъ управленія, Лабандъ дѣлаетъ выводъ, что, въ случаѣ отсутствія законно утвержденнаго бюджета, финансовое управленіе можетъ быть правомѣрно ведено исполнительною властью и безъ него. Министерство принимаетъ здѣсь на себя лишь отвѣтственность, аналогичную отвѣтственности за перерасходы при наличности утвержденнаго бюджета. Но перерасходы, требующіе индемнитета, вовсе не предполагаютъ, что они совершены вопреки волѣ палаты, наоборотъ, хозяйствованіе при отказѣ палаты вотировать бюджетъ прямо предполагаетъ юридически одіозный характеръ поведенія исполнительной власти. Аналогія врядъ ли выдерживаетъ критику. Этотъ тезисъ Лабандъ, какъ извѣстно, примѣнялъ при оцѣнкѣ прусскаго конфликта 1862—1866 гг. Онъ сталъ здѣсь въ противорѣчіе и съ знаменитой тронной рѣчью Вильгельма I-го 5 августа 1866 г., признававшей, что „die Staatsausgaben welche ohne Statsgesetz geleistet sind, der gesetzlichen Grundlage entbehren"; и съ 70-хъ г.г. прусская, позже также германская имперская, практика разошлась съ мнѣніемъ Лабанда и въ рѣдкихъ случаяхъ отсутствія бюджета къ сроку спеціально уполномачиваетъ продолжить на опредѣленный срокъ бюджетъ предыдущаго года [1]). Этотъ выводъ Лабанда отвергается и Іеллинекомъ [2]) и др. теоретиками прусскаго гос. права [3]) и я думаю, что воз-

[1]) Martitz, op. cit., стр. 215.

[2]) Op. cit. стр. 303.

[3]) Я могу сослаться на Fricker'a (Die Natur des Steuerverwilligungsrechtes und des Finanzgesetzes, Ztschr. f. d. g. Staatswissenschaft 1861) и Arndt'a (Die preussische Verfassungsurkunde).

можно на немъ не останавливаться, хотя онъ и очень связанъ съ любопытными эпизодами германской исторіи.

Итакъ, нашъ третій тезисъ: *изъ признанія за бюджетомъ характера акта управленія логически не можетъ быть сдѣланъ выводъ, что представительныя учрежденія юридически связаны въ правѣ свободнаго регулированія бюджета.*

Но къ этому должна быть сдѣлана оговорка: *если нѣтъ постановленій, спеціально ограничивающихъ эту ихъ свободу.*

Такія постановленія какъ разъ можно найти въ прусскомъ, японскомъ и русскомъ бюджетномъ законодательствѣ (ст. 109 прусской конституціи, закрѣплявшая ранѣе установленные налоги, ст. 67 японской [1]), ст. 9 русскихъ бюджетныхъ правилъ и рядъ частныхъ статей въ нѣкоторыхъ конструкціяхъ, относящихся обычно къ цивильному листу и къ платежамъ по гос. займамъ). Здѣсь необходимо обратить вниманіе на одну особенность нашего законодательства. Всякое новое постановленіе, требующее расхода, издается и издавалось у насъ въ формѣ отдѣльнаго закона (или Высочайшаго повелѣнія, имѣвшаго ту же силу). Штаты, учрежденія и кредиты на нихъ также устанавливались и устанавливаются у насъ каждый разъ въ формѣ особыхъ законодательныхъ актовъ. Ст. 14 смѣтныхъ правилъ 1862 года—прототипъ ст. 9 правилъ 8 марта постановляетъ, что „при составленіи вѣдомствами смѣтъ, въ частныя росписанія не вносятся никакіе новые расходы кромѣ тѣхъ, кои установлены штатами, положеніями и Высочайшими повелѣніями, или на внесеніе коихъ послѣдовало разрѣшеніе министерства или главнаго управленія, на точномъ основаніи законовъ и постановленій».

Было бы очень любопытной темой — прослѣдить эту особенность русскаго законодательства въ ея историческомъ происхожденіи, выяснить мотивы, вызывавшіе ее, и тѣ результаты, къ какимъ вела эта система для нашего бюджетнаго дѣла. Насколько мнѣ извѣстно, эта тема не подвергалась спеціальному изслѣдованію, но здѣсь она завела бы насъ слишкомъ далеко.

Какъ бы то ни было, этотъ фактъ болѣе рѣзко подчеркиваетъ, что гос. расходы, во всякомъ случаѣ въ болѣе широкихъ размѣ-

---

1) Японская конституція, ст. 67: расходы, уже установленные и вызываемые „согласно конституціи“ осуществленіемъ полномочій, принадлежащихъ министру, постановленіями закона или зак. обязательствами правительства не могутъ быть ни отмѣнены, ни уменьшены имперскимъ парламентомъ безъ согласія правительства.

рахъ, чѣмъ на западѣ, закрѣплялись и закрѣпляются у насъ актами, имѣющими силу закона, и намъ представляются неправильными указанія защитниковъ отмѣны ст. 9 на то, что прежній Гос. Совѣтъ при разсмотрѣніи смѣтъ не стѣснялся такими юридически закрѣпленными кредитами [1]). Мы какъ разъ привели выше указанія обратнаго характера: касаться „забронированныхъ“ кредитовъ и тогда возможнымъ оказывалось лишь послѣ испрошенія соотвѣтствующаго Выс. повелѣнія, а цитированный нами выше докладъ министра финансовъ Грейга какъ разъ подчеркиваетъ безсиліе стараго Гос. Совѣта въ области сокращенія кредитовъ закрѣпленныхъ актами, имѣвшими силу закона. Но какъ бы своеобразно ни отклонялось русское законодательство въ сторону закрѣпленія кредитовъ въ законодательномъ порядкѣ, это не можетъ имѣть рѣшающаго значенія для вывода о юридической силѣ бюджетнаго вотума. Разъ разграниченіе актовъ законодательства и управленія по ихъ содержанію можетъ имѣть только теоретическое или политическое, но не юридическое значеніе; разъ формально бюджетъ является закономъ, требующимъ участія всѣхъ трехъ законодательныхъ инстанцій, отдѣльные бюджетные вотумы могутъ вступать въ противорѣчіе съ актами, имѣвшими силу закона и устанавливавшими кредиты; могутъ измѣнять, сокращать или исключать ихъ. Аналогія со старымъ Госуд. Совѣтомъ не можетъ играть роли, ибо это было учрежденіе совѣщательное. Указаніе ст. 94 осн. зак., что новымъ закономъ существующій долженъ быть отмѣненъ, „положительно“, не можетъ имѣть также рѣшаю-

---

1) См. докладъ бюджетной комиссіи гос. думы (третій созывъ сессіи 1910—1911 г.) по законодательному предположенію 40 членовъ гос. думы объ измѣненіи правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи, стр. 35). „Такимъ именно способомъ и примѣнялись финансовые законы прежнимъ Гос. Совѣтомъ, измѣнявшимъ размѣръ суммъ, опредѣленныхъ въ законѣ; слѣды этой дѣятельности Гос. Совѣта встрѣчаются почти во всѣхъ смѣтахъ, предоставляемыхъ нынѣ на разсмотрѣніе Государственной Думы. Если, напримѣръ, обнаруживалось, что въ какомъ либо вѣдомствѣ одна изъ должностей оставалась въ теченіе ряда лѣтъ незамѣщенной, Гос. Совѣтъ не стѣснялся тѣмъ обстоятельствомъ, что эта должность установлена закономъ, и исключалъ изъ смѣты соотвѣтствующій кредитъ. Можно указать цѣлый рядъ случаевъ, когда предусмотрѣнныя по закону издержки исключались изъ бюджетныхъ назначеній, въ виду стѣснительнаго положенія государственнаго казначейства“. (см. также стенограмму засѣданія бюджетной комиссіи 13 октября 1909 г. стр. 18 рѣчь депутата Шингарева).

щаго значенія, ибо бюджетный вотумъ по существу дѣла не въ силахъ отмѣнить закона, а лишь на одинъ бюджетный періодъ пріостановить его дѣйствіе и то лишь поскольку оно зависитъ отъ ассигнованія соотвѣтственныхъ кредитовъ. Ограниченіе въ отношеніи кредитовъ, закрѣпленныхъ актами, имѣющими силу закона, очевидно, такимъ образомъ, устанавливается для Гос. Думы не 94 ст. осн. зак., а статьею 9 правилъ 8 марта 1906 г., и съ отмѣною ея падаетъ [1]). Бюджетныя назначенія могутъ быть чисто-хозяйственнаго характера, могутъ быть связаны и съ правами третьихъ лицъ, являясь выраженіемъ обязательствъ государства передъ ними. Таковы платежи по долгамъ, содержаніе чиновникамъ, обязательства по контрактамъ. Если въ отношеніи прочихъ расходовъ бюджетный вотумъ устанавливаетъ лишь предѣльную сумму кредита, свыше которой правительство не имѣетъ полномочія расходовать, то здѣсь дѣло идетъ о точно опредѣленныхъ въ своемъ размѣрѣ цифрахъ. Они могутъ быть вычеркнуты изъ бюджета, разъ нѣтъ для этого ограниченій, подобно ст. 9. Бисмаркъ въ рейхстагѣ 1 декабря 1885 г. говорилъ: если вы вычеркнете мое содержаніе, я просто пойду въ судъ и государство присудитъ—пока я состою канцлеромъ—отпускать мнѣ содержаніе. (См. Arndt. Die preussische Verfassungsurkunde, 6 изд., Берлинъ, 1907, стр. 192). Такой путь возможенъ и мы склонны полагать, что онъ единственно возможный. Но государство—въ лицѣ органовъ своей верховной власти—въ острые моменты гос. жизни можетъ и нарушать свои обязательства и мы склонны думать, что частныя лица здѣсь безсильны. Однако, возникаетъ еще одинъ существенный вопросъ. Допустимъ, что одна изъ палатъ при разсмотрѣніи бюджета вычеркиваетъ кредитъ, опиравшійся на ранѣе существовавшій законъ. Возникаетъ вопросъ: изъемлется ли этотъ кредитъ изъ росписи лишь тогда, когда на его исключеніе согласны всѣ три законодательныхъ инстанціи, или же достаточно veto, положеннаго одною изъ нихъ (и притомъ одною изъ палатъ, ибо монархъ санкціонируетъ бюджетъ лишь цѣликомъ). Здѣсь возможны двѣ конструкціи: если размѣръ кредита есть такой же законъ, какъ и постановленіе о томъ предметѣ, на который онъ предназначенъ, то, очевидно, для исключенія кредита или его измѣненія необходимо соглашеніе всѣхъ трехъ законо-

[1]) Съ рѣшеніемъ общаго вопроса связано и разрѣшеніе частныхъ случаевъ. Изъ нихъ представляетъ интересъ вопросъ о правахъ третьихъ лицъ.

дательныхъ воль. Можетъ быть иная конструкція: существующіе законы продолжаютъ существовать, но средства для приведенія ихъ въ исполненіе, иными словами, соотвѣтственныя части расходнаго бюджета пересматриваются каждый годъ. Иными словами, датированіе учрежденій отдѣляется здѣсь отъ ихъ организаціи. Послѣдняя остается неизмѣнной, но ежегодно палаты заново пересматриваютъ всю систему ассигнованія средствъ на удовлетвореніе гос. потребностей. Бюджетъ съ этой точки зрѣнія является ежегоднымъ новымъ законопроектомъ и несогласіе одной изъ палатъ на какую-либо изъ его деталей аннуллируетъ эту деталь, опять-таки если нѣтъ спеціальнаго противодѣйствующаго постановленія, какимъ является дѣйствующая ст. 13 правилъ 8 марта, говорящая о случаяхъ разногласія между Думою и Совѣтомъ.

Въ защиту этой послѣдней конструкціи можетъ быть приведено, то соображеніе, что бюджетныя назначенія суть средства, а не самодовлѣющая цѣль; ежегодный пересмотръ ихъ политически не можетъ быть связанъ въ исключительные моменты государственной жизни даже существующими обязательствами государства передъ третьими лицами. Высшія задачи государства, которымъ призваны служить его высшіе органы, могутъ стать въ противорѣчіе съ этими обязательствами. Съ другой стороны, конституціонный строй, являющійся раздробленіемъ единой гос. воли, неизбѣжно скрываетъ въ себѣ внутреннія противорѣчія и возможность конфликтовъ. Нормальнымъ состояніемъ является здѣсь компромиссъ или соглашеніе органовъ, между которыми раздроблена высшая власть государства. Разъ его нѣтъ—дѣло можетъ разрѣшаться лишь на основаніи общихъ государственно-правовыхъ принциповъ. Конституціонный принципъ въ дѣлѣ установленія новаго—требуетъ согласія всѣхъ инстанцій зак. власти: ничто ни одной изъ нихъ не можетъ быть навязано помимо ея воли.

Но всѣ эти разсужденія—политическаго характера; и юридически, разъ нѣтъ спеціальнаго постановленія закона—указанный нами вопросъ неразрѣшимъ.

По окончаніи доклада открылись пренія.

Г. Г. Лерхе указалъ на то, что докладчикъ упустилъ изъ виду практическую сторону вопроса и, благодаря этому, впалъ въ одностороннюю оцѣнку 9 ст. Такъ, напр., въ настоящее время стоитъ на очереди вопросъ о фиксаціи опре-

дѣленной минимальной суммы, которая должна быть ежегодно ассигнуема на народное образованіе. Если эта сумма (не менѣе 8 милліоновъ), положимъ, принята, то очевидно,—что при наличности 9 ст. ассигновка эта не можетъ подвергнуться уменьшенію иначе, какъ въ законодательномъ порядкѣ; между тѣмъ вполнѣ допустимо предположеніе, что черезъ нѣсколько лѣтъ, напр., верхняя палата почему-либо не пожелала бы ассигновать эту сумму. Вотъ практическій примѣръ, доказывающій, что ст. 9 безспорно можетъ имѣть и положительное значеніе съ точки зрѣнія удовлетворенія культурныхъ потребностей, признаваемыхъ нижней палатой неотложными.

Баронъ А. Ф. Мейендорфъ находитъ внутреннее противорѣчіе въ положеніяхъ доклада. Докладчикъ признаетъ съ одной стороны, что бюджетъ, являясь актомъ управленія по существу, не можетъ отмѣнять дѣйствующихъ законовъ, и въ то же время докладчикъ допускаетъ возможность пріостановленія бюджетнымъ актомъ—правда, на срокъ—дѣйствія законодательныхъ актовъ, забывая, что пріостановленіе дѣйствія закона есть не что иное, какъ одинъ изъ способовъ его отмѣны, ибо очевидно, что такое „пріостановленіе“ есть въ сущности установленіе новой нормы (хотя бы на срокъ), противорѣчащей закону. Съ точки зрѣнія докладчика, такимъ образомъ, получается тотъ выводъ, что бюджетный актъ собственно является скрытымъ условіемъ всей законодательной дѣятельности, такъ какъ для дѣйствія законовъ оказывается необходимымъ, по конструкціи докладчика, ежегодное бюджетное ихъ признаніе. Съ такой конструкціей нельзя согласиться.

Бюджетъ по существу своему не заключаетъ въ себѣ ни признанія, ни пріостановленія дѣйствующихъ законовъ: онъ вообще не имѣетъ внутренняго отношенія къ дѣйствующему законодательству, и трудно себѣ представить, напр., чтобы бюджетъ могъ служить источникомъ толкованія дѣйствующаго законодательства. Слѣдуетъ поэтому признать, что отмѣна или пріостановленіе дѣйствующихъ законовъ бюджетнымъ путемъ не соотвѣтствуетъ истинному характеру и задачамъ бюджета.

А. И. Шингаревъ вполнѣ присоединяется къ выводамъ доклада, но путь, приведшій докладчика къ этимъ выводамъ, является, по его мнѣнію, искусственнымъ и неяснымъ. Вопросъ долженъ разрѣшаться исключительно на формальной почвѣ: докладчикъ вѣдь самъ указывалъ на то, что бюджетъ всѣми

признается въ качествѣ формальнаго закона; если это такъ, то очевидно, что совершенно независимо отъ спорнаго матеріальнаго момента бюджета, законодательная сила бюджетнаго вотума не можетъ вызывать никакихъ сомнѣній.

Однако, и съ точки зрѣнія матеріальной трудно согласиться съ признаніемъ бюджета актомъ управленія. Баронъ Мейендорфъ указывалъ, что бюджеты едва ли цитировались когда-либо, какъ источникъ толкованія дѣйствующаго законодательства; но въ Англіи, напримѣръ, цѣлый рядъ налоговъ введенъ бюджетнымъ порядкомъ, а во Франціи даже министерство труда учреждено въ томъ же порядкѣ. Переходя отъ этихъ теоретическихъ соображеній къ практическимъ, нельзя согласиться съ Г. Г. Лерхе, указывавшимъ на выгодность ст. 9 для нижней палаты. Не говоря уже о непроизводительной затратѣ огромнаго труда, необходимаго для разсмотрѣнія легальныхъ титуловъ, упоминаемыхъ 9 статьей, спрашивается, какимъ образомъ можно видѣть выгоду для законодательнаго учрежденія въ лишеніи его правъ.

Такая „выгодность" связанности рукъ представляется по меньшей мѣрѣ сомнительной. Но, кромѣ практическихъ соображеній, необходимо же считаться и съ принципіальными. Одно изъ двухъ: или законодательныя учрежденія вообще не нужны, или же—разъ они существуютъ, то надо же вѣрить въ ихъ смыслъ и не играть „въ прятки" за 9 статьей...

Н. Н. Кутлеръ считаетъ вообще схоластической попытку разграниченія по содержанію закона отъ акта управленія. Что касается въ частности отношенія бюджета къ закону, то его можно характеризовать не какъ отмѣну и даже не какъ пріостановленіе дѣйствія закона, а скорѣе лишь какъ неисполненіе закона въ теченіе опредѣленнаго времени. Но какъ ни опредѣлять отношеніе бюджета къ законодательству, т. е. будемъ ли считать бюджетъ закономъ или нѣтъ, центръ тяжести при оцѣнкѣ 9 ст. заключается не въ этомъ; ибо очевидно, что такое же отношеніе бюджета по его содержанію къ законодательству существуетъ не только у насъ, но и въ другихъ странахъ; между тѣмъ ограниченія бюджетной компетенціи нижней палаты, аналогичныя нашей 9 статьѣ, существуютъ лишь въ Пруссіи и Японіи, при чемъ у насъ особенность еще заключается въ томъ, что при крайней архаичности и нецѣлесообразности множества нашихъ забронированныхъ кредитовъ защищать ихъ можно

лишь формально, а не по существу. Вотъ почему правительство такъ цѣпляется за 9 статью.

Гр. П. М. Толстой въ пространной рѣчи остановился прежде всего на теоретическихъ пробѣлахъ доклада. Во-первыхъ, положеніе, защищаемое докладчикомъ, что палаты не связаны при вотированіи бюджета (въ расходной его части) ранѣе изданными законами, не всегда можетъ быть подведено подъ общее понятіе „пріостановленія дѣйствія" предшествующихъ законовъ послѣдующимъ закономъ—бюджетомъ, такъ какъ, напр., при австрійской системѣ устраненія бюджетныхъ разногласій (ст. 73 австр. осн. зак. 21 дек. 1867 г.) проектируемой к.-д. законопроектомъ о пересмотрѣ нашихъ правилъ 8 марта 1906 г. (въ его исправленной редакціи) и бюджетной комиссіей, именно разъ въ бюджетъ подлежитъ внесенію меньшая цифра, бюджетъ уже не удовлетворяетъ общимъ признакамъ всякаго закона, какъ выраженія согласной три-единой воли законодательной власти; не вполнѣ удовлетворяетъ онъ этому необходимому признаку и въ тѣхъ конституціонныхъ государствахъ, въ которыхъ, какъ напр. въ Англіи или Пруссіи, верхней палатѣ предоставляется лишь право en bloc принять или отвергнуть бюджетъ, вслѣдствіе чего, понятно, онъ становится выраженіемъ воли преимущественно нижней палаты. Выходъ отсюда въ пользу положенія о несвязанности палатъ предшествующими законами, однако, имѣется—въ концепціи законовъ, связанныхъ съ расходами, какъ временныхъ, подлежащихъ ежегодному возобновленію (leges annuae) въ конструкціи особой власти по возобновленію такихъ законовъ, подобно тому, какъ напр., согласно бельгійской конституціи (ст. 111), подлежатъ ежегодному возобновленію всѣ законы о налогахъ, теряющіе свою законную силу, если они не подтверждены бюджетнымъ закономъ. Принципъ законности, лежащій въ основѣ современнаго государства, едва ли въ чемъ либо препятствуетъ такой концепціи: другой вопросъ, представляется ли цѣлесообразнымъ усвоеніе этого принципа—не слишкомъ ли велика при этомъ дань, платимая преходящимъ соображеніямъ момента. Другой также вопросъ—не находится ли этотъ принципъ въ коллизіи съ нашими основными законами, не только не заключающими никакого намека на систему ежегоднаго возобновленія, но провозглашающими во второй части ст. 94—правда, въ качествѣ

вывода изъ первой („законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона“)—повидимому противоположный принципъ: „Посему, доколѣ новымъ закономъ положительно не отмѣненъ законъ существующій, онъ сохраняетъ полную свою силу“.—Во-вторыхъ, докладчикъ напрасно, какъ мнѣ кажется, не связалъ вопроса о „забронированныхъ“ кредитахъ съ крайне интересной проблемой вообще о „связанныхъ“ функціяхъ законодательныхъ учрежденій (не подзаконныхъ),—проблемой, разрѣшаемой напр. проф. С. А. Котляревскимъ въ его недавней работѣ „Правовое государство и внѣшняя политика“ (стр. 26—28, 33 и др.) въ смыслѣ именно роста связанныхъ функцій за счетъ несвязанныхъ въ современной эволюціи правового государства. Это съ одной стороны, а съ другой стороны докладчикъ напрасно не попытался проанализировать возможный юридическій эффектъ бюджетнаго невозобновленія (пріостановленія, расходовъ, опирающихся на предшествующіе законы—эффектъ т. ск. внѣшній по отношенію къ третьимъ лицамъ, изъ которыхъ за нѣкоторыми, казалось бы, должны были бы быть признаны субъективныя права имущественнаго свойства по отношенію къ казнѣ, независимо отъ бюджетнаго невозобновленія (пріостановленія) расходовъ (какъ-то за невинно осужденными—при законѣ о вознагражденіи невинно осужденныхъ, за лицами, пострадавшими отъ неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ—при законѣ объ имущественной отвѣтственности казны за таковыя, за рабочими, потерпѣвшими увѣчья и т. п. отъ несчастныхъ случаевъ въ казенныхъ предпріятіяхъ—при соотвѣтствующемъ законѣ, за участниками всякаго рода соціальныхъ государственныхъ страхованій—отъ старости, отъ болѣзни и т. п.) и эффектъ т. н. внутренній домашній, по отношенію къ правительству, обязанному къ принятію соотвѣтствующихъ исполнительныхъ дѣйствій въ связи съ бюджетнымъ вотумомъ о невозобновленіи (пріостановленіи) расходовъ, опирающихся на предшествующіе законы, и въ томъ или въ другомъ порядкѣ отвѣчающему за свои дѣйствія, не согласующіяся съ бюджетнымъ вотумомъ.

Что же касается практической стороны вопроса о забронированныхъ кредитахъ въ нашемъ бюджетномъ правѣ, то во первыхъ, острота его обусловливается главнымъ образомъ привходящимъ обстоятельствомъ—тѣмъ, что титулами большинства

расходовъ являются акты дореформеннаго порядка, такъ что бронирующая сила большинства этихъ актовъ сама собой отпала бы, если пересмотръ правилъ 8 марта 1906 г. не ограничился одной редакціонной поправкой въ ст. 9, какъ то предлагаетъ бюджетная комиссія, сохраняющая броню за „Высочайшими повелѣніями, въ порядкѣ верховнаго управленія, до 23 апрѣля 1906 г. послѣдовавшихъ", и была бы, по крайней мѣрѣ, устранена связанность палатъ актами незаконодательными. Дѣло въ томъ, что приравнивать всѣ акты дореформеннаго порядка къ актамъ законодательнымъ, могущимъ имѣть извѣстную бронирующую силу, нѣтъ ни малѣйшаго основанія: вся искусственность этого приравненія Высочайшихъ повелѣній къ актамъ законодательнымъ, какъ нельзя лучше вскрывается ст. 10 правилъ 8 марта, которая договаривается до того, что предписываетъ „дальнѣйшее движеніе въ порядкѣ, для разсмотрѣнія законодательныхъ дѣлъ установленномъ", для всѣхъ предположеній членовъ Гос. Думы и Гос. Совѣта „объ измѣненіи" не только „законовъ", но и Высочайшихъ повелѣній, на основаніи коихъ внесены въ роспись доходы и расходы". И напрасно, какъ мнѣ кажется, оппозиція (напр. А. Н. Шингаревъ) заодно съ правительствомъ (напр. министромъ финансовъ) усвоила себѣ такую позицію, что утверждаетъ равную силу за всѣми актами дореформеннаго порядка, отказываясь различать Высочайшія повелѣнія отъ законовъ. Что эта позиція по существу несостоятельна и не можетъ быть выдержана, вытекаетъ хотя бы изъ того, что каждый разъ по поводу измѣненія того или другого акта дореформеннаго порядка, самъ собой невольно возникаетъ вопросъ, долженъ ли быть отнесенъ этотъ фактъ къ числу законодательныхъ актовъ или актовъ верховнаго управленія, для того, чтобы рѣшить, какая власть — законодательная или верховнаго управленія — властна теперь, въ обновленномъ представительномъ строѣ, измѣнить или отмѣнить этотъ актъ. И нѣтъ никакихъ основаній убѣгать отъ этого вопроса о такой сортировкѣ по тому или другому признаку—актовъ дореформеннаго порядка при пересмотрѣ ст. 9: можно поэтому только весьма сожалѣть, что бюджетная комиссія Ш-й Гос. Думы не рѣшилась, при пересмотрѣ правилъ 8 марта, даже на то, что въ свое время, въ 1905-6 г., допускалось правительственными сферами, именно

извѣстной объяснительной запиской ст.-секр. Кобеляцкаго, предвидѣвшаго „сомнѣнія относительно того, всякое ли Высочайшее повелѣніе—независимо отъ порядка, въ коемъ оно издано—можетъ считаться безспорнымъ основаніемъ того или иного расхода" и допускавшаго „нѣкоторыя послабленія въ смыслѣ расширенія полномочій Гос. Думы въ отношеніи не „законовъ въ истинномъ смыслѣ этого понятія", и проектомъ члена Гос. Сов. Череванскаго (по отношенію еще къ Гос. Думѣ 6 августа) объ учрежденіи особой провѣрочной комиссіи изъ членовъ Гос. Думы и департамента Гос. Экон. Гос. Совѣта „для обсужденія кредитовъ, основанныхъ на штатахъ и разрѣшеніяхъ, послѣдовавшихъ до учрежденія Гос. Думы" съ тѣмъ, чтобы при согласіи правительства съ предположеніями комиссіи кредиты сокращались и вовсе исключались, а при несогласіи—оставлялись въ росписи только условно, до разрѣшенія вопроса о нихъ новымъ законодательнымъ порядкомъ и, въ случаѣ неразрѣшенія, вовсе закрывались.—Во вторыхъ, въ настоящемъ и будущемъ, для періода послѣ „переворота" 17 октября, въ нашемъ „обновленномъ представительномъ строѣ" вопросъ о забронированныхъ кредитахъ терялъ бы въ значительной степени свою остроту, если бы въ измѣненіе нашихъ дореформенныхъ порядковъ, удвоенныхъ обновленнымъ строемъ, расходы на всякія потребности, въ томъ числѣ и „новыя", стали проводиться по общему правилу прямо смѣтнымъ порядкомъ, не требуя никакихъ предварительныхъ на этотъ счетъ спеціальныхъ законовъ, чего, къ сожалѣнію, совсѣмъ не касается проектируемый пересмотръ правилъ 8 марта 1906 г., между тѣмъ это едва ли не самая неотложная реформа, которая положила бы конецъ по крайней мѣрѣ все дальнѣйшему и дальнѣйшему забронированію бюджета руками самого же народнаго представительства, какъ это происходитъ въ настоящее время. Именно, въ связи съ пересмотромъ ст. 10 правилъ 8 марта, требующей, чтобы предположенія членовъ Гос. Думы и Гос. Совѣта, возникающія при обсужденіи росписи, объ ассигнованіи средствъ на новыя, неотносившіяся ранѣе на средства казны, потребности, получали дальнѣйшее движеніе не иначе какъ въ порядкѣ для разсмотрѣнія законодательныхъ дѣлъ установленномъ, т. е. въ связи съ пересмотромъ вопроса объ ограниченіяхъ бюджетной

иниціативы палатъ, (поднятымъ к.-д. законопроектомъ, но сведеннымъ на нѣтъ бюджетной комиссіей) долженъ быть поставленъ болѣе общій вопросъ о пересмотрѣ и правительственной иниціативы насчетъ включенія непосредственно въ проектъ росписи кредитовъ на т. наз. „новыя потребности", иниціативы, которая ограничена въ настоящее время, если не прямыми постановленіями закона, то косвенно системой т. наз. „условныхъ кредитовъ" согласно закону 8 мая 1895 г. насчетъ порядка „удовлетворенія такихъ потребностей, которыя ко времени составленія смѣтъ не могли быть оправданы особыми штатами, положеніями и Высочайшими Повелѣніями", а также постановленіемъ ст. 14 смѣтныхъ правилъ 1862 г. о невключеніи въ частныя росписанія (изъ которыхъ составляются финансовыя смѣты) „никакихъ новыхъ расходовъ, кромѣ тѣхъ, кои установлены штатами, положеніями и Высочайшими повеленіями" или кои разрѣшены „на точномъ основаніи законовъ и постановленій". Могутъ быть, конечно, такія потребности, на удовлетвореніе которыхъ представляется цѣлесообразнымъ зафиксировать спеціальнымъ закономъ извѣстный размѣръ ассигновки, въ качествѣ длящейся (примѣромъ могутъ служить ассигновки на введеніе всеобщаго начальнаго образованія, на которыя уже здѣсь ссылались). Въ исключительно важныхъ случаяхъ пусть этотъ путь спеціальныхъ законовъ о расходахъ примѣняется, но только не въ качествѣ общаго нормальнаго порядка. Когда же этотъ путь становится именно общимъ, нормальнымъ порядкомъ, какъ у насъ, тогда пожалуй, дѣйствительно, вмѣстѣ съ Н. Н. Кутлеромъ приходится видѣть спасеніе въ томъ, что практикуется въ настоящее время правительствомъ, позволяющимъ себѣ вносить въ смѣты расходы не въ цифрахъ, зафиксированныхъ ранѣе изданными законодательными актами, а въ меньшихъ, на что еще ранѣе обращалъ вниманіе въ своей извѣстной рѣчи въ II Гос. Думѣ П. Б. Струве (засѣд. 25 марта 1907 г.). Но это, едва ли вообще законная практика правительства (какъ доказывалъ Яснопольскій), совершенно уже недопустимая въ отношеніи суммъ, зафиксированныхъ законодательными актами новаго порядка и притомъ зафиксированныхъ какъ разъ въ качествѣ гарантіи планомѣрнаго удовлетворенія данной потребности, независимо отъ „бюджетныхъ соображеній" (напр. въ отношеніи все тѣхъ же ассигновокъ на народное образо-

ваніе), свидѣтельствуетъ какъ разъ о несостоятельности системы предварительнаго, особаго каждый разъ законодательнаго опредѣленія расхода на всякую „новую потребность" и т. ск. вопіетъ о прекращеніи этой самобытной нашей системы въ гораздо большей степени, чѣмъ говоритъ въ пользу вывода Н. Н. Кутлера, (который онъ дѣлалъ и въ настоящемъ засѣданіи, и въ бюджетной комиссіи, и въ засѣданіи Вольнаго Экономическаго общества въ своихъ возраженіяхъ мнѣ во время преній по докладу А. И. Шингарева 17 дек. 1909 г.) о тѣмъ большемъ правѣ палатъ не стѣсняться при вотированіи бюджета такими суммами, зафиксированными особыми законами (повидимому даже новаго порядка, съ одобренія самихъ палатъ изданными!) Казалось бы, логика говоритъ за то, что разъ изданъ извѣстный законъ объ ежегодномъ ассигнованіи на тотъ или другой предметъ опредѣленной суммы (напр. въ качествѣ дотаціи органамъ самоуправленія) и притомъ не въ растяжной формѣ „не болѣе" или „не менѣе", то указанная въ такомъ законѣ сумма и подлежитъ обязательному включенію въ бюджетъ, пока этотъ законъ не отмѣненъ—иначе къ чему же фиксировать сумму въ законѣ. Наконецъ, въ третьихъ, во всякомъ случаѣ первостепенное практическое значеніе сохраняетъ, въ связи съ вопросомъ о степени забронированности бюджета предшествующими законодательными актами, тотъ или другой порядокъ устраненія бюджетныхъ разногласій между палатами: въ этомъ отношеніи проектируемая (к.-д. законопроектомъ въ его исправленной редакціи и бюджетной комиссіей) реформа ст. 13 въ пользу меньшей цифры (вмѣсто цифры, ближайшей къ предшествующей росписи) теряетъ почти весь смыслъ при сохраненіи ст. 9, угрожая задержкой въ ростѣ производительныхъ расходовъ, признаваемыхъ неотложными нижней палатой, и не открывая возможности устраненія архаическихъ расходовъ, опирающихся на акты дореформеннаго строя. При этомъ случаи, что воля одной верхней палаты можетъ превратиться въ бюджетный законъ, не устраняются, между тѣмъ никакихъ рѣшеній бюджетныхъ вопросовъ односторонней волей верхней палаты—вотъ minimum, и насажденіе преимущественной бюджетной компетенціи нижней палаты—вотъ предпочтительная тенденція въ разрѣшеніи случаевъ бюджетныхъ разногласій между палатами, соотвѣтствующая какъ разъ конституціонной

практикѣ значительнаго числа западно-европейскихъ государствъ съ Англіей во главѣ. Насколько введеніе преимущественной бюджетной компетенціи нижней палаты укладывается въ рамки нашихъ основныхъ законовъ, устанавливающихъ, что „Гос. Совѣтъ и Гос. Дума пользуются равными въ дѣлахъ законодательства правами“ (ст. 106), представляется, правда, не безспорнымъ, но казалось бы не исключается то толкованіе, которое по этому поводу дѣлалось въ объяснительной запискѣ къ законопроекту народно-соціалистической партіи объ измѣненіи правилъ 8 марта (внесенному во II Гос. Думу) въ пользу исключительной бюджетной компетенціи Гос. Думы, и которое исходило изъ того, что „бюджетныя функціи этихъ учрежденій разсматриваются на всемъ протяженіи учрежденій Гос. Думы и Гос. Совѣта отдѣльно отъ законодательныхъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова“.

За позднимъ временемъ я этими бѣглыми, самыми общими соображеніями и ограничусь. Моя позиція, такимъ образомъ, тѣмъ отличается отъ позиціи докладчика, что вопросъ мнѣ представляется гораздо сложнѣе и т.-ск. многограннѣе, чѣмъ докладчику: его тезисъ о неограниченномъ правѣ палатъ (если не имѣется противоположнаго законодательнаго опредѣленія) бюджетнымъ вотумомъ измѣнять и исключать кредиты, опирающіеся на ранѣе изданные законодательные акты, теоретически не довольствуется, какъ мнѣ кажется, той посылкой, что бюджетный вотумъ является обычной формой пріостановленія дѣйствія послѣдующимъ закономъ законовъ предшествующихъ, особенно при согласіи докладчика съ положеніемъ, что бюджетъ является по содержанію актомъ управленія. Практически этотъ тезисъ, не совпадающій, кстати, съ выводами, не только консервативной нѣмецкой науки, но и французской, бьетъ даже пожалуй дальше цѣли, представляясь въ значительной степени излишнимъ: разбронированіе бюджета, если не полное, то всегда существенное, достижимо, какъ я старался обосновать, и безъ этого крайняго тезиса.

За позднимъ временемъ, по предложенію *предсѣдателя В. М. Гессена*, продолженіе преній переносится на слѣдующее засѣданіе.

Затѣмъ засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

1 февраля 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^3/_4$ час. веч. подъ предсѣдательствомъ члена редакціоннаго комитета административнаго отдѣленія общества *К. Н. Соколова.*

Предметомъ занятій служило продолженіе преній по докладу *Л. Н. Яснопольскаго*: *„Вопросъ о „забронированныхъ“ кредитахъ съ правовой точки зрѣнія (къ пересмотру въ Гос. Думѣ бюджетныхъ правилъ 8 марта 1906 г.).“*

По открытіи засѣданія слово предоставляется *докладчику Л. Н. Яснопольскому*, который, предварительно изложивъ вновь главнѣйшіе тезисы своего доклада, кратко отвѣтилъ оппонентамъ на сдѣланные ему возраженія.

Затѣмъ продолжались пренія.

М. Я. Острогорскій полагаетъ, что бюджетъ по существу своему не принадлежитъ ни къ сферѣ законодательства, ни къ сферѣ управленія, а есть особая самостоятельная, и при томъ, основная функція парламента—функція, состоящая въ правѣ распоряжаться государственными средствами. Ошибка германской школы государствовѣдовъ, съ Лабандомъ во главѣ, состоитъ въ тенденціи искусственно выводить правовыя отношенія изъ логическихъ конструкцій. Между тѣмъ, исторія парламента въ Англіи начинается не съ законодательныхъ актовъ, а именно съ „предоставленія денегъ королю“, какъ первой и основной функціи парламента: эта же функція и теперь, наряду съ функціями законодательства и контроля, сохраняетъ вполнѣ свое самостоятельное значеніе. Сообразно съ этимъ бюджетный вотумъ можетъ измѣнять дѣйствующій законъ, но, разумѣется,—лишь въ финансовой его части. Можно возразить, конечно, что въ принципѣ нельзя одобрить такой методъ измѣненія законодательства въ бюджетномъ порядкѣ: это безусловно вѣрно, и отрицательные результаты такого метода мы видимъ иногда во Франціи. Но противъ этого возможно бороться частью путемъ самоограниченій, какъ это мы видимъ, наприм, въ Англіи, гдѣ съ одной стороны существуетъ „консервированный фондъ“ (платежи по государственнымъ долгамъ, вознагражденіе высшихъ судей и

т. п.), а съ другой стороны депутаты лишены иниціативы въ предложеніи новыхъ расходовъ. Оппонентъ не видитъ основаній, почему бы и нашимъ законодательнымъ учрежденіямъ не прибѣгнуть къ такому же самоограниченію для предотвращенія возможности поспѣшнаго и необдуманнаго „законодательствованія въ бюджетномъ порядкѣ". Но урѣзывать, въ виду такой возможности, самое право нижней палаты распоряжаться государственными средствами представляется нецѣлесообразнымъ и въ корнѣ нарушающимъ основное условіе правильнаго функціонированія правового государства: такое умаленіе основной функціи палаты не можетъ быть оправдано ни юридическими, ни историческими, ни политическими соображеніями.

Гр. П. М. Толстой пользуется случаемъ досказать то, чего онъ не успѣлъ за позднимъ временемъ затронуть въ своей рѣчи на послѣднемъ засѣданіи 28 января и, въ свою очередь, возразить на сдѣланныя докладчикомъ въ началѣ настоящаго засѣданія разъясненія. Прежде всего, мнѣ точно такъ же, какъ М. Я. Острогорскому, продолжаетъ оставаться неяснымъ, для чего выводу докладчика въ пользу неограниченнаго права палатъ измѣнять и исключать кредиты, опирающіеся на законы, предшествуетъ посылка, что бюджетъ по содержанію является актомъ управленія, на ряду съ большой посылкой о логической необходимости различенія между понятіемъ бюджета и акта управленія по содержанію: вѣдь какіе-нибудь выводы должны же вытекать изъ этой классификаціи вообще, и въ частности, изъ признанія бюджета актомъ управленія, и какіе же это выводы въ отношеніи бюджета, если не тѣ, что бюджетъ, какъ актъ управленія, долженъ оставаться подзаконнымъ? Но если эта классификація по признаку матеріальному представляется излишней въ ходѣ разсужденія докладчика для вывода въ пользу несвязанности палатъ при вотированіи бюджета, то съ другой стороны и выводъ о нѣкоторой связанности палатъ возможенъ, какъ мнѣ кажется, безъ предварительнаго рѣшенія спорной и сложной проблемы о классификаціи по матеріальному признаку, въ плоскости разсужденія менѣе отвлеченнаго, именно съ точки зрѣнія нежелательности слишкомъ поспѣшныхъ рѣшеній самыхъ сложныхъ вопросовъ попутно въ срочномъ бюджетномъ порядкѣ, рѣшеній, могущихъ недостаточно считаться съ постоянными интересами общества подъ вліяніемъ со-

ображеній момента и прежде всего соображеній фискальныхъ (урожай, неурожай и т. п.). Далѣе, докладчикъ считаетъ возможнымъ остаться при своемъ толкованіи бюджетнаго вотума, пріостанавливающаго дѣйствіе законовъ, даже при австрійской системѣ устраненія бюджетныхъ разногласій между палатами, путемъ включенія въ бюджетъ меньшей цифры, разсуждая, что и въ этомъ случаѣ всѣ 3 фактора законодательной власти „участвовали" въ выработкѣ бюджетнаго закона: но вѣдь дѣло, конечно, не въ томъ только, всѣ ли 3 фактора участвовали, а въ томъ, всѣ ли 3 пришли на этотъ счетъ къ соглашенію, къ одному и тому же рѣшенію. И особенно слабой является на мой взглядъ излюбленная позиція А. И. Шингарева, который въ пользу положенія, что ст. 94 осн. зак. не препятствуетъ отмѣнять въ бюджетномъ порядкѣ расходы, основанные на законахъ, ссылается на то, что утвержденная роспись является такимъ же закономъ, какъ всякій другой, и въ то же самое время самъ предлагаетъ новую редакцію ст. 13 правилъ 8 марта, включающую при бюджетныхъ разногласіяхъ между палатами меньшую цифру, т. е. не требующую согласія палатъ насчетъ бюджетнаго закона, въ отличіе отъ всякаго другого закона. Это по части т. ск. общихъ соображеній, уже бывшихъ здѣсь предметомъ всесторонняго обсужденія; а вотъ еще одинъ закоулокъ, въ который мнѣ хотѣлось бы впервые здѣсь заглянуть. Дѣло идетъ о томъ, насколько понятіе „расходовъ, которые внесены въ роспись на основаніи дѣйствующихъ законовъ" и которые, согласно ст. 9 правилъ 8 марта, не могутъ быть при обсужденіи росписи ни исключаемы, ни измѣняемы, само собой покрываетъ также расходы, опредѣляемые и въ настоящее время на почвѣ осн. зак. 23 апр. 1906 г. Высочайшими повелѣніями въ порядкѣ верховнаго управленія, хотя бы спеціальное упоминаніе о нихъ было исключено изъ ст. 9. Да, покрываетъ—полагаетъ бюджетная комиссія, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи пресловутыхъ пенсій и окладовъ содержанія, опредѣляемыхъ по Высочайшему усмотрѣнію согласно ст. 49 уст. о пенс. и ст. 548 уст. о службѣ—выводъ, который, мнѣ кажется, болѣе чѣмъ спорнымъ. Вѣдь новые основные законы не содержатъ въ себѣ ни малѣйшаго прямого указанія на подобныя финансовыя полномочія единоличной Высочайшей

власти—въ отличіе отъ проекта основныхъ законовъ въ его редакціи, ставшей достояніемъ гласности въ апрѣлѣ 1906 г., въ которой (ст. 15) какъ разъ оговаривалось право Его Величества по части опредѣленія вообще окладовъ содержанія и размѣровъ пенсій и въ частности усиленныхъ окладовъ и усиленныхъ пенсій и пособій. А въ такомъ случаѣ это право назначенія пенсій и окладовъ должно считаться утратившимъ характеръ торжествующаго „Высочайшаго усмотрѣнія", „неограниченнаго", ничѣмъ не обусловливаемаго, обязательнаго даже для законодательныхъ палатъ; оно не можетъ быть возводимо на степень какой-либо „прерогативы" Высочайшей власти, а напротивъ, должно считаться низведеннымъ до уровня заурядныхъ полномочій, даваемыхъ по части расходовъ органамъ подчиненнаго управленія, полномочій, осуществленіе которыхъ вѣдь не связываетъ палатъ при обсужденіи росписи.

А. М. Тюбертъ указалъ, что нашъ бюджетъ бронируется не только ст. 9 Правилъ 8 марта 1906 г., но и ст. 116 Осн. Зак. и ст. 13 тѣхъ же Правилъ. У Государственной Думы нѣтъ возможности, при несогласіи Государственнаго Совѣта, при разсмотрѣніи проекта бюджета внести какія либо измѣненія даже въ ту часть бюджета, которая вообще устанавливается изъ года въ годъ сызнова (кредиты, ассигнуемые въ смѣтномъ порядкѣ); въ этомъ случаѣ въ роспись механически включается цифра дѣйствующей росписи (ст. 13 смѣтныхъ Правилъ). Если же Дума пожелала бы настаивать на своемъ измѣненіи и стала бы задерживать прохожденіе росписи въ томъ видѣ, который представляется ей непріемлемымъ, то, согласно ст. 116 Осн. Зак., при отсутствіи утвержденнаго къ 1 января новаго смѣтнаго года бюджета, вступаетъ въ силу безъ одобренія законодательныхъ учрежденій послѣдняя утвержденная роспись. Слѣдуетъ замѣтить, что ст. 9 Правилъ не имѣетъ неустранимо бронирующаго значенія, ибо эту статью слѣдуетъ разсматривать въ связи со слѣдующей (10) статьей, гдѣ указанъ порядокъ осуществленія палатами права предлагать измѣненія къ той части росписи, которая основана на штатахъ и законахъ. По поводу пользованія этой (10) статьей для предложенія изъятія изъ росписи основанныхъ на законахъ кредитовъ, представляющихся ненужными, слѣдуетъ указать, что въ Государственную Думу почти не было внесено законодательныхъ предположеній; это обстоятельство, конечно,

можетъ быть объяснено трудностью, при нынѣшнихъ условіяхъ, прохожденія законопроектами думской иниціативы всѣхъ инстанцій, а, съ другой стороны, тѣмъ обстоятельствомъ, что въ общемъ составѣ расходуемыхъ по росписи кредитовъ, основанныхъ на законѣ, расходы, въ дѣйствительности ненужные, играютъ вовсе не столь значительную роль, которая имъ иногда приписывается критиками нашего бюджета. Такимъ образомъ, противъ бронирующаго значенія ст. 13 Правилъ 8 марта 1906 г. и ст. 116 Осн. Зак. въ распоряженіи народнаго представительства есть, собственно говоря, только одно средство— это пользованіе иниціативой членами законодательныхъ Палатъ, согласно ст. 10 Правилъ; практически же осуществленіе права иниціативы въ отношеніи росписи до извѣстной степени облегчается той формой, въ какой въ настоящее время издается самый законъ о росписи. Съ 1909 г. этотъ законъ состоитъ изъ двухъ частей, (причемъ каждая изъ нихъ утверждается Верховной Властью отдѣльно)—изъ статей закона о росписи и изъ самой росписи—совокупности номеровъ, составляющей приложеніе къ ст. 1 закона о росписи. Именно при прохожденіи законодательныхъ инстанцій въ первой части закона о росписи, достигается совпаденіе трехъ воль и, такимъ образомъ, законъ о росписи имѣетъ въ этой его части признаки закона въ формальномъ смыслѣ; поэтому не должно быть спора о томъ, можетъ ли быть путемъ включенія соотвѣтствующей статьи въ законъ о росписи отмѣнено какое либо дѣйствующее узаконеніе. До сихъ поръ, правда, законодательныя учрежденія не воспользовались такой благопріятной для измѣненія бюджетныхъ назначеній формой закона о росписи, хотя собственно формальныхъ предпріятій къ включенію въ первую часть закона, въ порядкѣ поправокъ, соотвѣтствующихъ постановленій не существуетъ, ибо въ нашихъ бюджетныхъ правилахъ вовсе не предусмотрѣна ф о р м а закона о росписи, и тѣмъ менѣе ограничено пользованіе правомъ внесенія депутатами поправокъ къ проходящимъ черезъ Думу и Совѣтъ законопроектамъ правительственной иниціативы. На практикѣ у насъ установилось уже широкое пользованіе этимъ правомъ и неоднократно выходившіе изъ Думы законопроекты кореннымъ образомъ отличались отъ внесенныхъ въ Думу правительственныхъ законопроектовъ (напр. ставшій закономъ законопроектъ о мѣрахъ противъ наплыва въ Приамурскій край китайцевъ и корейцевъ).

У Правительства есть одна только непосредственная возможность помѣшать принятію такихъ расширяющихъ его предположенія поправокъ. Это—взятіе законопроекта обратно, въ порядкѣ ст. 47 Учр. Гос. Думы; по отношенію же къ проекту государственной росписи это право подвержено сомнѣнію. По тѣмъ же основаніямъ ст. 10 Правилъ 8 марта 1906 г. собственно не является препятствіемъ къ тому, чтобы предположенія объ исключеніи изъ росписи какого либо, основаннаго на законѣ, расхода воспринимали силу закона въ составѣ статьи закона о росписи, такъ какъ едва ли слѣдуетъ этой (10)статьѣ присваивать другое значеніе, кромѣ того, которое имѣетъ общее правило, что всѣ предположенія членовъ Думы и Совѣта объ измѣненіи, отмѣнѣ и изданіи новаго закона получаютъ движеніе въ извѣстномъ порядкѣ. Разъ практика отступила отъ стѣснительнаго значенія ст. 55 Учр. Гос. Думы и разъ предположенія членовъ Думы объ изданіи новаго закона нерѣдко присоединяются къ законопроектамъ правительственной иниціативы, нѣтъ основаній суживать право поправокъ по отношенію къ бюджету.

Исходя изъ приведенныхъ соображеній слѣдуетъ считать, что современная форма изданія закона и росписи устраняетъ безусловно бронирующее бюджетъ значеніе ст. 9 Правилъ. Если же до сихъ поръ такимъ правомъ не пользовались для устраненія такъ наз. ненужныхъ расходовъ, то этообъясняется скорѣе политическими обстоятельствами, а отнюдь не препятствіями правового характера.

Съ своей стороны оппонентъ считалъ только этотъ путь единственно возможнымъ для разбронированія бюджета. Исключеніе же кредитовъ изъ росписи только путемъ цифрового измѣненія назначенія по соотвѣтствующему номеру не имѣетъ, даже при согласіи трехъ воль, формальной силы закона для отмѣны именно того узаконенія, которое имѣется въ виду Думой или Совѣтомъ и ведетъ, кромѣ того, къ ряду практическихъ затрудненій.

Нынѣ законы объ ассигнованіяхъ всегда содержатъ постановленіе, что въ данномъ году изъ казны отпускается сколько то средствъ. Наименованіе номера росписи отнюдь не указываетъ, что именно данный законъ приводится въ исполненіе по данному номеру и только одинъ именно этотъ законъ. Поэтому исполнительная власть всегда можетъ не исполнить

цифровое измѣненіе въ отношеніи именно того закона, который измѣняли Дума и Совѣтъ, и право запроса по поводу этого неисполненія болѣе чѣмъ сомнительно. Кромѣ того, когда рѣчь идетъ о штатахъ (а они иногда составляютъ назначеніе цѣлаго номера), цифровое измѣненіе не даетъ даже возможности судить, сокращенъ ли размѣръ содержанія извѣстнымъ должностнымъ лицамъ, уменьшено ли ихъ число или слѣдуетъ произвести по штату въ данному году то и другое. При такихъ условіяхъ, въ особенности при отсутствіи въ настоящее время мотивовъ къ изданію законовъ, ибо у обѣихъ палатъ мотивы могутъ быть различны—одна сокращаетъ число чиновниковъ, другая—размѣръ ихъ содержанія, формально нельзя считать, что цифровое лишь измѣненіе номера росписи отмѣняетъ законъ, на которомъ основанъ измѣняемый или исключаемый кредитъ; практически, какъ указано, примѣненіе закона можетъ быть до крайности затруднено. Къ этому необходимо добавить, что особенный порядокъ соглашенія Думы и Совѣта по разногласіямъ и отсутствіе требованія въ законѣ, чтобы въ законѣ о государственной росписи наблюдалось совпаденіе трехъ воль, ведетъ къ неустранимымъ затрудненіямъ, тогда какъ обѣ Палаты по одному и тому же номеру исключаютъ—одна—основанный на законѣ кредитъ, а другая—другой. Что въ этомъ случаѣ должно быть отмѣнено?

По мнѣнію оппонента, споръ о возможности путемъ цифрового измѣненія отмѣнять законъ допустимъ лишь тогда, когда по измѣняемому или исключаемому номеру содержится ассигнованіе по одному только назначенію, основанному на законѣ или штатѣ, и когда обѣ Палаты согласны произвести одно и то же сокращеніе или полное исключеніе кредита. Здѣсь возникаетъ тотъ вопросъ, который былъ возбужденъ и докладчикомъ и нѣкоторыми ораторами, какое правое послѣдствіе такихъ вотумовъ законодательныхъ учрежденій. Кредиты, основанные на законахъ, бываютъ троякаго рода: или ими гарантируется отпускъ средствъ изъ казны на исполненіе ея договорныхъ отношеній съ частными лицами, или ими обезпечено функціонированіе правительственныхъ должностныхъ лицъ по штатамъ, или же, при помимо отпускаемыхъ средствъ, приводится въ исполненіе какой-либо общій законъ, возлагающій на казну безъ опредѣленія размѣра (кредиты исчи-

сляемые) извѣстный расходъ. Что произойдетъ въ томъ случаѣ, если безъ формальной отмѣны подлежащаго закона будетъ исключенъ изъ росписи соотвѣтствующій кредитъ?

Въ случаѣ неисполненія казною обязательства передъ частными лицами, послѣднія пріобрѣтаютъ право иска и если въ договорѣ не имѣется оговорки на случай прекращенія дѣйствія закона, то въ концѣ концовъ деньги все равно будутъ заплачены. Исключеніе кредита на содержаніе чиновниковъ поведетъ на практикѣ къ тому, что правительство, основываясь на отсутствіи формальной отмѣны закона, будетъ расходовать на содержаніе ихъ особый кредитъ по смѣтѣ Департамента Государственнаго Казначейства (обязательные по закону расходы, на производство которыхъ не имѣется кредитовъ въ смѣтахъ) затѣмъ 10-ти мил. фондъ и фактически деньги все-таки будутъ отпускаться. Тѣмъ менѣе возможно, чтобы правительство уничтожило извѣстную вѣдомственную организацію изъ-за того, что кредитъ сокращенъ или исключенъ, ибо формально подобный вотумъ Палаты не знаменуетъ еще собою уничтоженіи самой организаціи. Здѣсь необходимо также упомянуть, что положеніе чиновника русской государственной службы въ такихъ случаяхъ вовсе не такъ уже безотрадно, ибо въ случаѣ оставленія за штатомъ онъ получаетъ въ теченіе года жалованье въ прежнемъ размѣрѣ. Почти то же будетъ имѣть мѣсто и въ случаѣ исключенія кредита исчисляемаго, ибо правительство прибѣгнетъ къ ранѣе упомянутымъ кредиту и фонду и фактически расходъ все-таки будетъ произведенъ, и у Палатъ не будетъ даже права запроса по поводу подобныхъ дѣйствій правительства.

По указаннымъ соображеніямъ оппонентъ находитъ, что исключеніе кредитовъ, основанныхъ на законѣ путемъ лишь цифрового измѣненія соотвѣтствующаго номера государственной росписи не имѣетъ значенія формальной отмѣны подлежащаго закона, при чемъ практическія послѣдствія такого исключенія, при наличности спора о формальномъ значеніи вотума Палатъ, оказались бы ничтожными.

Послѣ нѣкоторыхъ дополнительныхъ замѣчаній *А. И. Шингарева и М. П. Федорова, докладчикъ Л. Н. Ясиопольскій* въ своемъ краткомъ отвѣтѣ оппонентамъ указалъ, что цѣлью его доклада было лишить почвы тѣхъ защитниковъ 9-ой ст., которые, исходя изъ признанія бюджета по его содер-

жанію актомъ управленія, выводятъ отсюда подзаконность бюджетнаго вотума. Для этого необходимо было выяснить, что та или иная квалификація бюджета по его содержанію можетъ имѣть лишь научно-классификаціонное и правно-политическое значеніе, но въ области положительнаго права не можетъ играть никакой роли. Эта основная мысль доклада, несмотря на возраженія, касавшіяся преимущественно деталей, осталась, по мнѣнію докладчика, непоколебленной.

Предсѣдательствующій К. Н. Соколовъ, въ своемъ заключительномъ словѣ указалъ, прежде всего, на особую трудность безупречныхъ формально-правовыхъ конструкцій въ области бюджетнаго права, гдѣ отвлеченно-теоретическія соображенія постоянно переплетаются съ тѣми или иными политическими тенденціями. Двигаясь поэтому съ величайшею осторожностью между предложеннѣми докладчикомъ и его оппонентами тезисами и стремясь извлечь изъ нихъ лишь то, что представляется болѣе или менѣе безспорнымъ, К. Н. Соколовъ полагалъ возможнымъ считать установленнымъ слѣдующее. Прежде всего очевидно, что ст. 9 правилъ 8 марта, отвлеченно говоря, выражаетъ несомнѣнную теоретическую истину. Независимо отъ того или другого рѣшенія теоретической контроверзы о томъ, чѣмъ является бюджетъ съ матеріальной точки зрѣнія, его все-таки, въ лучшемъ случаѣ, приходится признавать актомъ „несвободнаго“ или „связаннаго“ законодательства, связаннаго именно наличностью въ хозяйствѣ такъ называемыхъ законно или даже конституціонно, „необходимыхъ“ расходовъ. Съ другой стороны, не менѣе очевидно, что при согласіи всѣхъ трехъ факторовъ законодательства на „отмѣну даннаго“ необходимаго ассигнованія, нѣтъ мѣста и для какихъ-нибудь практическихъ недоразумѣній и конфликтовъ. Въ такомъ случаѣ будетъ просто использованъ путь ст. 10-й, то есть органы законодательства безъ труда договорятся объ отмѣнѣ самой законодательной нормы, „бронирующей“ упраздняемый кредитъ. Конфликтъ начинается тогда, когда *одинъ* изъ органовъ законодательства односторонне вычеркиваетъ изъ смѣты какое-либо „необходимое“ ассигнованіе и на устраненіи его настаиваетъ. К. Н. Соколовъ полагалъ, что правильное пониманіе существъ такого конфликта можетъ быть получено лишь толкованіемъ односторонняго воздѣйствія одной изъ палатъ на бюджетъ, какъ своеобразной формы бюджет-

ной обструкціи, которая будетъ формально не правомѣрна, независимо отъ присутствія или отсутствія ст. 9-ой, но которая входитъ въ общую логику конституціоннаго строя и можетъ находить себѣ оправданіе въ высшихъ соображеніяхъ политической цѣлесообразности или въ нормахъ не писаннаго, формально еще непризнаннаго права. Въ этомъ пунктѣ чрезвычайно цѣнны указанія А. М. Тюрберта на то, что русскій бюджетъ „бронируется“ въ гораздо большей степени ст. 13 смѣтныхъ правилъ и ст. 116 Осн. законовъ, чѣмъ ст. 9. Дѣйствительно, нельзя не видѣть что сила и „ударность“ бюджетной обструкціи со стороны одной палаты, больше всего зависитъ отъ имѣющихся у другой палаты и у правительства способовъ парализовать ее, путемъ механическаго возстановленія вычеркнутыхъ кредитовъ или замѣны бюджета разными его суррогатами. Заканчивая свое резюме, К. Н. Соколовъ высказалъ, что подобно тому, какъ теоретическіе споры изъ области бюджетнаго права рѣшаются обыкновенно подъ вліяніемъ тѣхъ или другихъ политическихъ тенденцій, такъ и въ жизни государствъ, исходъ бюджетныхъ конфликтовъ чаще всего опредѣляется не столько формальными особенностями конкретнаго бюджетнаго законодательства, сколько общимъ уровнемъ конституціоннаго сознанія въ странѣ и тому подобными неформальными моментами. Но въ самой выработкѣ конституціоннаго правосознанія большую роль играетъ правильное толкованіе и комментированіе дѣйствующихъ конституціонныхъ началъ и, поэтому, докладчикъ заслуживаетъ признательности Юридическаго Общества за предпринятую имъ интересную попытку толкованія бюджетнаго права конституціонной Россіи.

Затѣмъ засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

28 февраля 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^{3}/_{4}$ час. вечера, подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества, *М. М. Винавера*.

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго

члена общества, *Л. С. Таля: „Договоръ о довѣренности въ проектѣ гражданскаго уложенія“.*

Положенія доклада:

I.

Глава о довѣренности въ проектѣ обнимаетъ, кромѣ договора порученія, институты полномочія, веденія чужихъ дѣлъ и отчасти представительства. Эти институты существенно отличаются одинъ отъ другого и каждый изъ нихъ имѣетъ самостоятельное и общее значеніе. Особенности прекращенія договора порученія касаются только представительства, и въ нихъ нельзя усматривать отличительнаго свойства этого договора по сравненію съ прочими договорами о трудѣ. Въ проектѣ граница между договорами довѣренности и личнаго найма неуловима и первому не соотвѣтствуетъ опредѣленный кругъ бытовыхъ отношеній.

II.

Римскій мандатъ имѣлъ своимъ предметомъ обѣщаніе *безвозмездной* дѣятельности въ чужомъ интересѣ какъ фактической такъ и юридической. Его значеніе какъ самостоятельнаго договорнаго типа объясняется нѣкоторыми особенностями римскаго быта. По исчезновеніи этихъ особенностей отличительный признакъ договора порученія видѣли къ свойствахъ обѣщанной дѣятельности, а именно въ томъ, что имъ устанавливались право и обязанность вести чужое дѣло въ качествѣ представителя. При этомъ не различали полномочія отъ порученія (французское, прусское, австрійское и русское законодательства). Швейцарскій законъ объ обязат., отдѣливъ полномочіе отъ порученія, сохранилъ неопредѣленное понятіе „Geschäftsbesorgung“. Герм. улож. вернулось къ римскому критерію безвозмездности.

III.

Практическое значеніе договора порученія въ дѣйствующихъ кодексахъ заключается въ томъ, что посвященная ему глава составляетъ sedes materiae для институтовъ довѣренности, веденія чужихъ дѣлъ и субституціи (передовѣрія). Съ точки зрѣнія законо-

дательной техники болѣе цѣлесообразно полагать постановленія о нихъ въ общей части обязательственнаго права, такъ какъ этимъ путемъ устраняются нѣкоторыя затрудненія, причиняемыя судебной практикѣ смѣшеніемъ договорныхъ типовъ.

IV.

Самостоятельное и существенное значеніе договоръ порученія снова пріобрѣтаетъ тогда, когда въ законѣ проводится разница между рабочимъ договоромъ и наймомъ самостоятельныхъ услугъ, какъ въ голландскомъ и въ проектѣ швейц. улож.. Тамъ онъ обнимаетъ обѣщаніе конкретныхъ услугъ (въ отличіе отъ работы въ теченіе извѣстнаго времени подъ властью работодателя и отъ выполненія опредѣленной задачи за страхъ работника) тактическихъ или юридическихъ, безвозмездно или за вознагражденіе, по полномочію или безъ него. При отсутствіи этой разницы договоръ довѣренности, какъ самостоятельный типъ, на ряду съ личнымъ наймомъ, лишенъ значенія и можетъ быть упраздненъ безъ всякаго ущерба.

По открытіи засѣданія слово предоставляется *докладчику Л. С. Талю*, сообщившему слѣдующее:

По газетнымъ свѣдѣніямъ 5-я книга проекта гражд. улож. въ настоящее время спѣшно разсматривается назначенною правительствомъ комиссіею и подготовляется къ внесенію въ законодательныя учрежденія. Это извѣстіе снова оживило интересъ юристовъ къ этому продукту почти 30-тилѣтней законодательной работы, но, къ сожалѣнію, однихъ юристовъ и то немногихъ. Остальное русское общество пока не проявляетъ ни малѣйшаго интереса къ проекту, ни малѣйшаго пониманія того значенія, которое имѣетъ для государства реформа обязательственнаго права. Между тѣмъ, какъ разъ въ этой области не менѣе, если не болѣе важно, чѣмъ юридикотехническая критика, провѣрить, соотвѣтствуетъ ли будущій законъ реальнымъ потребностямъ жизни, обнимаютъ ли законные типы сдѣлокъ дѣйствительно существующіе комплексы бытовыхъ отношеній, предуказываетъ ли законъ ту линію развитія хозяйственной жизни, которая наиболѣе соотвѣтствуетъ потребностямъ общежитія и правовому идеалу современнаго культурнаго государства.

Едва ли кто либо, изучивъ проектъ съ этой точки зрѣнія, рѣшится упрекнуть его авторовъ въ увлеченіи теоретическими по-

строеніями или въ чрезмѣрномъ углубленіи въ цивилистическую доктрину. Наоборотъ, гдѣ только представлялась малѣйшая возможность, редакторы черпали изъ судебной практики, нашей и западной, и держались возможно ближе къ образцамъ дѣйствующихъ законодательствъ. Если, тѣмъ не менѣе, нѣкоторые отдѣлы проекта оказываются нежизненными, страдаютъ излишнимъ доктринерствомъ и теоретичностью, то этого нельзя объяснить ничѣмъ инымъ, какъ недостаточнымъ участіемъ въ составленіи и обсужденіи проекта лицъ, непосредственно знающихъ бытовыя условія.

Наибольшій разладъ съ жизнью проектъ обнаруживаетъ въ области трудовыхъ договоровъ. Съ этимъ явленіемъ мы встрѣчаемся не только у насъ, но во всѣхъ дѣйствующихъ законодательствахъ и даже въ новыхъ законопроектахъ. И это неудивительно. Хозяйственныя и соціальныя отношенія въ этой области такъ быстро эволюціонируютъ, такъ радикально мѣняются, что ни законодательства, ни наука за ними не поспѣваютъ. Года два тому назадъ мы въ докладѣ, прочитанномъ въ юридическомъ обществѣ [1]), доказывали несогласованность постановленій проекта о личномъ наймѣ съ потребностями хозяйственной жизни. Въ настоящей статьѣ мы съ той же цѣлью остановимся на другомъ трудовомъ договорѣ, на договорѣ порученія или довѣренности, имѣя въ виду не столько критику отдѣльныхъ его постановленій, сколько общей его постановки въ проектѣ.

По договору довѣренности или порученія, гласитъ ст. 2035 проекта, довѣритель уполномочиваетъ дѣйствовать, отъ его имени и за его счетъ, другое лицо (повѣреннаго), которое принимаетъ исполненіе возлагаемаго на него порученія безвозмездно или за вознагражденіе.

Уже это опредѣленіе наводитъ на размышленія и вызываетъ рядъ недоумѣній. Одна сторона „уполномочиваетъ“, другая „принимаетъ исполненія порученія“. Но если въ этихъ дѣйствіяхъ заключается одно согласное волеизъявленіе, если это соглашеніе объ одномъ предметѣ, а не о двухъ, то, очевидно, они должны означать одно и тоже, должны быть направлены на одинъ и тотъ же правовой эфектъ. Между тѣмъ уже съ середины прошлаго вѣка, послѣ изслѣдованій Іеринга [2]), Лабанда [3]) и др. въ наукѣ гражданскаго

[1]) Труды юридич. общ. при Имп. спб. унив., т. I, стр. 112 сл.

[2]) Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgesch. въ Jahrb. f. Dogm. I, стр. 273 сл., II, стр. 67 сл.

[3]) Laband, Die Stellvertretung въ Ztschr. f. Handelsrecht. X, стр. 183.

права твердо установился взглядъ, что понятія, полномочія и порученія не тождественны и не составляютъ, какъ раньше думали, двухъ сторонъ одного и того же отношенія. Порученіемъ называется договоръ между довѣрителемъ и повѣреннымъ, полномочіемъ же волеизъявленіе, коимъ одно лицо признаетъ другое въ извѣстныхъ предѣлахъ своимъ представителемъ. Этотъ взглядъ, кажется, раздѣляется также редакторами проекта. Въ объяснительной запискѣ мы читаемъ: „Содержаніемъ принятаго повѣреннымъ порученія опредѣляется его обязанность по отношенію къ довѣрителю, а такъ какъ въ обязанности совершить что либо заключается и право на такое совершеніе, то порученіе содержитъ въ себѣ одновременно и полномочіе, которое, такимъ образомъ, и по существу своему обыкновенно совпадаетъ съ порученіемъ. Но, въ виду того, что полномочіе имѣетъ особое значеніе и для третьихъ лицъ, означенное выраженіе должно быть употребляемо преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ идетъ рѣчь объ отношеніяхъ довѣрителя и повѣреннаго къ третьимъ лицамъ, между тѣмъ какъ слово порученіе выражаетъ собою договоръ, заключенный между довѣрителемъ и повѣреннымъ и потому касается лишь отношеній этихъ двухъ лицъ между собою. Выраженія «порученіе и полномочіе» впрочемъ должны быть различаемы еще потому, что они иногда повидимому не совпадаютъ по своему содержанію. Такъ, въ особенности при выдачѣ отдѣльнаго письменнаго акта полномочія послѣдній можетъ быть шире или уже самаго порученія".

Итакъ: съ одной стороны порученіе содержитъ въ себѣ полномочіе и они обыкновенно совпадаютъ, съ другой—они не только могутъ не совпадать, но даже не выражаютъ одного и того же; полномочіе можетъ быть шире или уже чѣмъ порученіе.

Какимъ же образомъ тѣмъ не менѣе выдача полномочія и принятіе порученія въ результатѣ квалифицируются какъ договоръ, какъ соглашеніе воль? Повидимому, редакторы, все же, исходили изъ представленія, на которомъ построенъ нашъ дѣйствующій законъ, что „уполномочить" и „дать порученіе" одно и то же, что договоръ совершается посредствомъ выдачи и принятія довѣренности. Мы къ этому вопросу еще вернемся.

Въ разсматриваемой нами статьѣ проекта далѣе говорится, что

сл. Ср. также Canstein, Vollmacht und Auftrag въ Ztschr. f. priv. u. öff. R. III, стр. 670 сл., Lenel, Stellvertretung und Vollmacht въ Jahrb. f. Dogm., 36 стр. 1 сл., Hupka, Die Vollmacht и др.

довѣритель уполномочиваетъ другое лицо „дѣйствовать отъ его имени и за его счетъ“. Что это значитъ? Дѣйствія отъ имени другого могутъ носить фактическій или юридическій характеръ, могутъ, напр. заключаться въ завладѣніи или владѣніи вещью или въ осуществленіи чужого права, въ совершеніи опредѣленныхъ работъ вмѣсто другого, но могутъ также состоять въ заключеніи сдѣлокъ отъ его имени. Однако ст. 2035 говоритъ о довѣрителѣ и повѣренномъ, а эти термины примѣняются только къ юридическимъ представителямъ. Какова-же мысль закона? „Дѣятельность повѣреннаго, говорится въ объяснительной запискѣ, отличается тѣмъ, что онъ на основаніи даннаго ему полномочія, вправѣ совершать юридическія дѣйствія и вообще вступать въ сношенія съ третьими лицами отъ имени своего довѣрителя“. (стр. 5). Отсюда видно, что проектъ имѣетъ въ виду юридическое представительство, хотя изъ употребленнаго выраженія „дѣйствовать отъ его имени“ можно было бы вывести обратное заключеніе. Но и тѣмъ, что область договора порученія ограничивается юридическими дѣйствіями все-таки, вопреки мнѣнію редакторовъ, еще не указывается сколько нибудь надежный критерій для его отмежеванія отъ другихъ договоровъ о трудѣ, такъ какъ и послѣдніе могутъ служить основаніемъ для юридическаго представительства. И служащій по личному найму, и подрядчикъ, и перевозчикъ, и издатель могутъ, въ силу договора, совершать тѣ или иныя сдѣлки отъ имени своихъ контрагентовъ. Такая же обязанность можетъ лежать на товарищѣ, даже на продавцѣ, принявшемъ на себя доставку проданной вещи третьимъ лицамъ. (Въ ст-хъ 2045 и 2048 проекта предусматриваются такіе случаи). Чѣмъ-же, спрашивается, положеніе такого повѣреннаго отличается отъ положенія контрагента по договору порученія? На этотъ вопросъ объяснительная записка даетъ очень краткій и неопредѣленный отвѣтъ. „Для различенія довѣренности отъ другихъ договоровъ и въ частности отъ личнаго найма достаточно указать на цѣль довѣренности, именно на заключающееся въ ней понятіе представительства“. Но эти слова намъ ровно ничего не объясняютъ, такъ какъ представительство можетъ входить также въ другіе договоры, въ частности въ личный наемъ, и мы не знаемъ, когда оно составляетъ цѣль договора, когда нѣтъ.

Если отъ опредѣленія договора довѣренности мы теперь обратимся къ остальнымъ постановленіямъ этой главы, то мы и тутъ не найдемъ искомаго нами критерія и сколько нибудь опредѣленныхъ указаній на природу договора. Глава о довѣренности распа-

дается на 5 раздѣловъ. Въ первомъ, озаглавленномъ „общія положенія", мы находимъ рядъ постановленій, посвященныхъ полномочію, причемъ этотъ терминъ употребляется въ смыслѣ волеизъявленія, коимъ довѣритель признаетъ повѣреннаго въ извѣстныхъ предѣлахъ своимъ представителемъ. Въ ст. 2036 до 2048 опредѣляются формальныя условія, при наличности которыхъ одно лицо признается уполномоченнымъ на совершеніе сдѣлокъ отъ имени другого. Одна только ст. 2039 говоритъ не о полномочіи, а о томъ, въ какой формѣ повѣренный выражаетъ свое согласіе на принятіе порученія и когда предполагается молчаливое согласіе. Мы на отдѣльныхъ постановленіяхъ останавливаться не будемъ. Полномочіе, какъ мы уже видѣли, самостоятельный институтъ, который, правда, обыкновенно соединяется съ порученіемъ и нерѣдко имѣетъ одинаковое съ нимъ содержаніе, но можетъ также и не совпадать съ нимъ. У каждаго присяжнаго повѣреннаго найдутся десятки довѣренностей, по которымъ онъ ничего не дѣлаетъ или совершаетъ $^1/_{10}$ часть тѣхъ дѣйствій, о коихъ въ нихъ упоминается, потому что ему не даны соотвѣтственныя порученія. Лица, управляющіе чужими дѣлами на основаніи договора товарищества или личнаго найма, обыкновенно не ждутъ порученія для каждаго совершаемаго ими дѣйствія, а дѣлаютъ то, что требуется интересами довѣрителя, по собственному побужденію. Въ практической жизни нерѣдко довѣренности выдаются въ интересахъ не довѣрителя, а самаго повѣреннаго [1]), наприм., для осуществленія неформально переуступленнаго требованія и т. п. Въ этихъ случаяхъ на повѣреннаго отнюдь не возлагается порученіе, онъ только уполномочивается на совершеніе извѣстнаго дѣйствія. Съ другой стороны порученіе дѣйствовать за другого можетъ не сопровождаться полномочіемъ, наприм., при совершеніи сдѣлокъ за наличный расчетъ или когда третье лицо увѣрено, что со стороны представляемаго послѣдуетъ одобреніе. Самостоятельность полномочія сказывается еще въ томъ, что совершенныя повѣреннымъ дѣйствія обязываютъ довѣрителя независимо отъ того, согласны ли они съ даннымъ имъ порученіемъ или нѣтъ.

---

[1]) Это обстоятельство дало поводъ нѣкоторымъ ученымъ различать „разрѣшеніе (Ermächtigung, Gestattung) отъ полномочія (Vollmacht). Но въ этомъ едва ли есть надобность. Разрѣшеніе также какъ полномочіе можетъ совпадать съ порученіемъ или не совпадать съ нимъ. Совпаденіе предполагается, но предположеніе можетъ быть опровергнуто. Ср. Dig. 50, 17, 1. 60. Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur, а также Dig. 17. 1. 16 § 2.

Полномочіе, поэтому, не можетъ разсматриваться какъ элементъ договора довѣренности, какъ коррелятъ или активная сторона порученія, а составляетъ тѣсно связанное съ нимъ, но самостоятельное волеизъявленіе. Попытки, сдѣланныя въ послѣднее время Шлосманомъ и Днестржанскимъ [1]) поколебать это ученіе не увѣнчались успѣхомъ и не встрѣтили сочувствія. Начиная съ швейцарскаго закона 1881 года объ обязательствахъ, всѣ безъ исключенія гражданскіе кодексы и проекты отдѣляютъ полномочіе отъ договора порученія и трактуютъ о немъ въ общей части въ связи съ представительствомъ. Только нашъ проектъ почему-то вернулся къ прежней, осужденной теоріею и практикою, системѣ, излагая постановленія о полномочіяхъ въ главѣ о договорѣ порученія.

Второй и третій раздѣлы посвящены обязанностямъ повѣреннаго и довѣрителя. Въ первой статьѣ говорится, что повѣренный не вправѣ выходить за предѣлы даннаго ему полномочія. Тутъ опять смѣшивается полномочіе съ порученіемъ, ибо кругъ правъ и обязанностей повѣреннаго по отношенію къ довѣрителю опредѣляется не полномочіемъ, а порученіемъ, за неисполненіе котораго онъ отвѣчаетъ независимо отъ того, дѣйствовалъ ли онъ въ предѣлахъ полномочія или нѣтъ. Это ясно вытекаетъ изъ слѣдующей статьи, предписывающей повѣренному руководствоваться указаніями довѣрителя, отъ которыхъ онъ можетъ отступиться лишь въ крайнемъ случаѣ при невозможности испросить разрѣшеніе (ст. 2054). Когда порученіе исполняется безвозмездно, повѣренный отвѣчаетъ за послѣдствія только при наличности грубой неосторожности (ст. 2054). Исполнить онъ долженъ лично, если ему не предоставлено право передовѣрія (ст. 2051). Проектъ далѣе вмѣняетъ повѣренному въ обязанность по требованію довѣрителя сообщать свѣдѣнія по порученному дѣлу, передать имъ все полученное для довѣрителя и представить отчетъ (ст. 2053). Довѣритель въ свою очередь обязанъ платить вознагражденіе, слѣдуемое по договору, закону или обычаю, возмѣстить повѣренному необходимыя и полезныя издержки и, по его требованію, снабдить его авансомъ на расходы, наконецъ, вознаградить за убытки, понесенные повѣреннымъ при исполненіи обязанностей (ст. 2056 и 2057). Если сюда еще прибавить солидарную отвѣтственность нѣсколькихъ исполнителей

---

[1]) Dniestrzansky: Aufträge zu Gunsten Dritter, стр. 87 сл. См. ниже примѣч. 19. Schlossmann: Die Lehre von der Stellvertretung I. Ср. Schey, Obligationsverhältnisse, I, Heft 3, стр. 441 сл.

общаго порученія и нѣсколькихъ довѣрителей, давшихъ совмѣстное порученіе (ст. 2055 и 2058), то все содержаніе этихъ двухъ раздѣловъ исчерпано. Не трудно убѣдиться, что въ нихъ нѣтъ ничего специфическаго, ничего характернаго для договора порученія. Обязанность давать свѣдѣнія, представить отчетъ и выдать все полученное лежитъ на всякомъ, кто ведетъ чужое дѣло, т. е. дѣло, относящееся къ чужой имущественной сферѣ, все равно, дѣлаетъ ли онъ это на основаніи того или иного договора, или завѣщанія или закона, или даже безъ всякаго основанія, въ качествѣ юридическаго или фактическаго представителя. То же самое говорится въ проектѣ относительно комиссіонера (ст. 2081) товарища, управляющаго дѣлами товарищества (ст. 2159), относительно negotiorum gestor'a (ст. 2588), душеприкащика (ст. 1446) и опекуна (ст. 594 и сл.). Нѣтъ сомнѣнія, что мы тутъ имѣемъ дѣло съ общимъ принципомъ, примѣнимымъ ко всякому лицу, ведущему чужое дѣло, если изъ договора или закона не вытекаетъ противное. Въ германской литературѣ [1]) даже высказывается мысль, что веденіе чужого дѣла, съ которымъ непосредственно связаны указанныя и нѣкоторыя другія послѣдствія, составляетъ самостоятельный юридическій институтъ, положенія о которомъ должны быть перенесены въ общую часть. Въ этой мысли содержится, быть можетъ, нѣкоторая утрировка. Въ зависимости отъ экономической цѣли и основанія веденія чужого дѣла возникающія изъ него юридическія отношенія могутъ существенно мѣняться. Но намъ кажется безспорнымъ, что обязанность повѣреннаго къ сообщенію свѣдѣній, къ отчетности и выдачѣ имущества не составляетъ характерной особенности договора порученія, ибо съ ними мы встрѣчаемся почти каждый разъ, когда одно лицо распоряжается имущественными интересами другого.

Тоже самое слѣдуетъ сказать объ остальныхъ обязанностяхъ сторонъ. Особенностями договора порученія развѣ могутъ казаться два положенія: объ ограниченіи отвѣтственности повѣреннаго при безмездности договора случаями грубой неосторожности и объ авансированіи издержекъ. Первое положеніе, какъ и вообще различеніе грубой и легкой вины, прежде всего вызываетъ сомнѣніе съ точки зрѣнія цѣлесообразности. На нашъ взглядъ санкціонированіе прин-

---

[1]) Isay: Die Geschäftsführung nach d. BGB., стр. 3 сл., Crome, Lehrb. II, стр. 614 сл., Thur Die actio de in rem verso, стр. 19 сл. См. критику этого ученія у Leonhard въ Krit. Vierteljahrschr. 44, стр. 408 и Dniestransky, ук. соч., стр 52 сл.

ципа, будто лицо, взявшееся безвозмездно дѣйствовать въ чужомъ интересѣ, можетъ это дѣлать небрежно, составляетъ цивильнополитическую ошибку, а абстрактный масштабъ грубой и легкой вины, осужденный жизнью и доктриною, долженъ, по примѣру другихъ новѣйшихъ кодексовъ, уступить мѣсто масштабу заботливости, которую при данныхъ конкретныхъ условіяхъ можно требовать отъ обязаннаго лица по воззрѣніямъ оборота. Какъ бы то ни было, во всякомъ случаѣ, пониженіе отвѣтственности дарового повѣреннаго вытекаетъ изъ осужденнаго нами общаго принципа, а не составляетъ особенности договора довѣренности. Обязанность къ авансированію издержекъ мотивируется составителями проекта тѣмъ, что лицо, дѣйствующее за чужой счетъ, не обязано тратить своихъ денегъ, разъ оно этого не обѣщало и законъ или обычай на него этой обязанности не возлагаетъ. Совершенно очевидно, что и это положеніе имѣетъ общій характеръ, относясь ко всякому лицу, ведущему чужое дѣло.

Четвертый раздѣлъ посвященъ отношеніямъ довѣрителя и повѣреннаго къ третьимъ лицамъ. Онъ состоитъ изъ трехъ статей. Первая содержитъ ссылку на общія положенія о представительствѣ, вторая повторяетъ одно изъ этихъ положеній, третья говоритъ о представительствѣ на основаніи коллективной довѣренности. О договорѣ порученія тутъ нѣтъ и рѣчи.

Послѣдній раздѣлъ содержитъ постановленія о прекращеніи довѣренности и тутъ мы, дѣйствительно, встрѣчаемъ нѣкоторыя особенности. Въ проектѣ говорится о прекращеніи довѣренности, но молчаливо предполагается, что вмѣстѣ съ нею прекращается договорное отношеніе между довѣрителемъ и повѣреннымъ. Основаніями прекращенія служатъ отмѣна полномочія, отказъ повѣреннаго, смерть одной изъ сторонъ, присужденіе къ нѣкоторымъ уголовнымъ наказаніямъ и объявленіе той или другой стороны недѣеспособнымъ, безвѣстно отсутствующимъ или несостоятельнымъ. Аномаліею тутъ представляется возможность расторженія двухсторонней сдѣлки путемъ отмѣны и отказа, т. е. по волѣ одной изъ сторонъ. Сознавая это, составители проекта, въ видѣ корректива, обязываютъ, съ одной стороны, довѣрителя возмѣстить повѣренному убытки, причиненные ему отмѣною довѣренности до исполненія порученія и, съ другой стороны, повѣреннаго продолжать послѣ извѣщенія объ отказѣ исполненіе нетерпящаго отлагательства порученія до тѣхъ поръ, пока довѣритель не будетъ въ состояніи сдѣлать какого либо по сему предмету распоряженія. (Ст. 2065

и 2068). Если составить эти положенія съ постановленіями проекта о прекращеніи личнаго найма и порядка, то оказывается, что нанимателю и заказчику также принадлежитъ право пріостановить обѣщанную ему дѣятельность съ тѣмъ, чтобы нанявшемуся и подрядчику былъ возмѣщенъ весь причиненный имъ ущербъ. Это выражено въ ст. 1945 и 1989 проекта. Законъ, слѣдовательно, вообще никого не принуждаетъ терпѣть чужую дѣятельность въ своемъ интересѣ, а только заботится о томъ, чтобы обѣщавшій эту дѣятельность не понесъ убытковъ вслѣдствіе уклоненія контрагента. Нанявшійся и подрядчикъ въ свою очередь также не принуждаются къ исполненію обѣщанной дѣятельности, но за уклоненіе отвѣчаютъ какъ за нарушеніе договора. Съ отказомъ повѣреннаго дѣло обстоитъ иначе. Въ немъ по проекту не заключается нарушеніе обязательства, если отказъ заявленъ заблаговременно, и довѣрителю данъ срокъ для огражденія своихъ интересовъ. Редакторы проекта объясняютъ эту аномалію, кромѣ ссылки на примѣръ дѣйствующихъ законодательствъ, еще слѣдующимъ бытовымъ соображеніемъ: „односторонній отказъ повѣреннаго отъ исполненія принятаго на себя обязательства, имѣя въ строгомъ смыслѣ значеніе нарушенія договора, обыкновенно не принимается довѣрителемъ за такое нарушеніе, такъ какъ довѣритель въ сущности скорѣе согласенъ лишиться повѣреннаго, не желающаго исполнять его порученіе, чѣмъ имѣть повѣреннаго, дѣйствующаго неохотно, вслѣдствіе невозможности освободиться отъ принятаго на себя обязательства“. Авторы проекта, такимъ образомъ, ссылаются на предполагаемое согласіе довѣрителей. Но это очевидное недоразумѣніе. Довѣритель, правда, не можетъ и не хочетъ насильно заставить повѣреннаго быть его представителемъ, но онъ отнюдь не согласенъ поступиться требованіями, вытекающими изъ нарушенія договора. Такое предположеніе, какъ мнѣ кажется, ни на чемъ не основано. Остается, слѣдовательно, только ссылка на западныя законодательства. Римскіе юристы объясняли право мандатарія на односторонній отказъ тѣмъ, что въ основаніи мандата лежали officium et amicitia. Но это не мѣшало имъ требовать отъ мандатарія, чтобы онъ, слагая съ себя исполненіе, не причинялъ мандату ущерба. На той-же точкѣ зрѣнія въ сущности остались всѣ западные кодексы. По крайней мѣрѣ такъ судебная практика толкуетъ постановленіе закона о правѣ повѣреннаго на отказъ съ обязательствомъ заблаговременно предупредить довѣрителя [1]).

[1]) Schey, ук. соч., стр. 690,

Но основаніе этого положенія въ современномъ правѣ иное, чѣмъ въ римскомъ, такъ какъ теперь законодательства допускаютъ возмездность порученія и потому нельзя говорить объ amicitia et officium. Основаніемъ служитъ то соображеніе, что никого нельзя принудить оставаться представителемъ другого противъ воли, хотя бы онъ своимъ отказомъ и подорвалъ возможность исполненія принятыхъ имъ на себя обязательствъ. Такъ какъ предметъ договора довѣренности составляетъ именно обѣщаніе дѣйствовать въ качествѣ представителя, онъ въ силу отказа отъ представительства становится безпредметнымъ. Отказъ отъ довѣреннности не квалифицируется какъ нарушеніе договора, потому что въ такой квалификаціи заключалось бы косвенное принужденіе повѣреннаго оставаться представителемъ, защищать интересы довѣрителя, несмотря на его нежеланіе. Мы, такимъ образомъ, имѣемъ дѣло не съ особенностью договора порученія, какъ предполагаютъ редакторы проекта, а своеобразнымъ способомъ прекращенія представительства, влекущимъ за собою какъ логическое послѣдствіе прекращеніе договора въ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ его состоитъ въ прямомъ представительствѣ при совершеніи сдѣлокъ, Если же содержаніе договора этимъ не исчерпывается, то изъ отказа отъ довѣренности вовсе не вытекаетъ освобожденіе уполномоченнаго отъ принятыхъ имъ на себя обязательствъ.

По мнѣнію редакторовъ [1]) тѣсною связью съ юридическимъ представительствомъ договоръ довѣренности отличается отъ личнаго найма и прочихъ договоровъ о трудѣ. Но мы уже видѣли, что право и обязанность вступать въ сдѣлки съ третьими лицами отнюдь не составляетъ исключительной особенности договора порученія, а можетъ входить въ содержаніе цѣлаго ряда договоровъ и въ частности личнаго найма. Договоры, содержаніе которыхъ составляетъ общеніе одной только юридической дѣятельности безъ примѣси фактической, въ практической жизни встрѣчаются довольно рѣдко. Даже профессіональные повѣренные—присяжные и частные—выполняютъ всегда ту и другую. Они не только совершаютъ сдѣлки, они составляютъ бумаги, подаютъ ихъ, говорятъ рѣчи на судѣ и т. д. Мы, такимъ образомъ, поставлены передъ диллемою: либо договоръ довѣренности можетъ имѣть своимъ предметомъ и юридическую фактическую дѣятельность,—тогда граница между нимъ и личнымъ наймомъ становится неуловимою, либо мы

[1]) Объяснит. записка къ ст. 505 стр. 5.

настаиваемъ на юридической дѣятельности, какъ на исключительномъ предметѣ договора порученія; тогда ему не соотвѣтствуетъ сколько-нибудь значительный и опредѣленно очерченный кругъ бытовыхъ отношеній.

II.

Но если мы, такимъ образомъ, въ проектѣ не находимъ яснаго и точнаго критерія, то спрашивается, должны ли мы это приписать неумѣнію его авторовъ, или же причина лежитъ глубже, лежитъ въ томъ, что такого критерія отыскать невозможно.

Въ римскомъ правѣ, какъ извѣстно, предметъ мандата составляла дѣятельность всякаго рода въ интересахъ другого—фактическая и юридическая, — но только дѣятельность *безмездная*. Этимъ послѣднимъ признакомъ мандатъ отличается отъ другихъ договоровъ о трудѣ. Въ римскомъ правовомъ быту обѣщаніе безвозмездныхъ услугъ играло гораздо болѣе важную роль, чѣмъ въ современной жизни [1]). Тамъ не всякія услуги могли оказываться за деньги и даже принятіе на себя за вознагражденіе дозволенной дѣятельности нерѣдко роняло соціальное положеніе римскаго гражданина. Формою, въ которую облекалось обѣщаніе такихъ безвозмездныхъ услугъ, и позднѣе формою, которою прикрывалась корыстная дѣятельность свободныхъ лицъ, служилъ мандатъ. Послѣднее сдѣлалось возможнымъ съ тѣхъ поръ, какъ требованіе обѣщаннаго honorarium стало пользоваться судебною защитою, хотя и въ экстраординарномъ порядкѣ. Другая причина широкаго развитія мандата въ Римѣ — недопущеніе прямого представительства черезъ свободныхъ лицъ. Суррогатомъ прямого представительства служило веденіе дѣлъ въ чужомъ интересѣ и за чужой счетъ на основаніи мандата. Въ обширномъ титулѣ дигестъ, посвященному мандату, мы находимъ всего два три фрагмента, толкующихъ о порученіяхъ фактическаго характера. Всѣ остальныя рѣшенія касаются юридическаго представительства [2]). Въ современномъ правѣ всѣ эти особенности римскаго быта исчезли: обѣщать за деньги можно какіе угодно услуги, прямое представительство допускается безъ всякаго ограниченія и можетъ быть предметомъ возмездныхъ сдѣлокъ. Обѣщаніе безмездныхъ услугъ, какъ предметъ юридическихъ

---

[1]) Dniestrzansky, ук. соч., стр. 287 сл., Schey, ук. соч., стр. 421.

[2]) Brinz,-Pandecten, II, стр. 772.

сдѣлокъ, играетъ ничтожную роль. Казалось бы, что вмѣстѣ съ тѣмъ мандатъ, какъ договорный типъ, долженъ былъ утратить свое практическое значеніе. Но его спасла историческая связь съ представительствомъ. Въ договорѣ, устанавливающемъ право и обязанность дѣйствовать въ качествѣ представителя другого лица, продолжаютъ видѣть договоръ sui generis, но (за исключеніемъ немногихъ законодательствъ), уже независимо отъ того, дѣйствуетъ ли представитель безвозмездно или за вознагражденіе. Такимъ образомъ римскій критерій утратилъ свое значеніе и уступилъ мѣсто другому: essentiale договора довѣренности усматриваютъ въ настоящее время въ его связи съ представительствомъ. Эта связь устанавливается съ одной стороны полномочіемъ явнымъ или молчаливымъ, съ другой принятіемъ на себя обязанности вступать въ сношенія съ третьими лицами за счетъ контрагента. Такимъ образомъ сложился взглядъ, что полномочіе и порученіе только двѣ стороны одного и того же отношенія, что обѣ онѣ составляютъ существенные, необходимые элементы договора довѣренности.

На этой мысли построена постановка договора порученія во всѣхъ четырехъ кодексахъ начала прошлаго вѣка. Французскій кодексъ опредѣляетъ его какъ mandat ou procuration, какъ порученіе или довѣренность, коимъ одно лицо управомочиваетъ другое совершить что либо за него или отъ его имени; для возникновенія договора требуется acceptation du mandataire (стр. 1984). Изъ словъ „уполномочиваетъ и отъ его имени“ практика выводитъ, что предметомъ мандата могутъ быть только юридическія дѣйствія, хотя изъ текста закона это не вытекаетъ. Прусское земское уложеніе говоритъ о Vollmachtsaufträge, австрійское о Bevollmächtigunsvertrage. Тутъ и тамъ предметъ договора составляетъ веденіе дѣла (Geschaftsbesorgung) отъ имени другого или, какъ выражается прусскій законъ, „за и вмѣсто другого“. Судебная практика, въ цѣляхъ разграниченія порученія отъ личнаго найма, истолковала слово „Geschäft“ въ смыслѣ юридической сдѣлки, но вопреки буквѣ закона подводитъ сюда не только прямое, но и косвенное представительство, не только дѣйствія отъ имени довѣрителя, но и отъ собственнаго имени, за счетъ довѣрителя. Всѣ перечисленныя законодательства допускаютъ возможность вознагражденія, хотя въ прямомъ противорѣчіи съ явленіями жизни исходятъ изъ предположенія о безвозмездности порученія. Постановленія о порученіи примѣняются и къ другимъ договорамъ, когда ими устанавливается представительство, и можно съ увѣренностью сказать, что такихъ смѣшанныхъ договоровъ встрѣ-

чается гораздо больше, чѣмъ тѣхъ, о которыхъ говорится въ законѣ [1]). Для практики отсюда возникали чрезвычайныя затрудненія и, не взирая на огромныя усилія, ни ей, ни теоріи не удалось сколько-нибудь удовлетворительно и опредѣленно отграничить договоръ порученія отъ личнаго найма. Какъ извѣстно, съ такими же затрудненіями встрѣтилась и наша практика. X томъ не даетъ опредѣленія договора довѣренности, а ограничивается установленіемъ формальныхъ правилъ о выдачѣ содержанія и исполненія довѣренности въ смыслѣ односторонняго акта. Можно было бы даже сомнѣваться, существуетъ ли у насъ договоръ довѣренности какъ законный типъ, если бы положенія о довѣренности не были помѣщены въ отдѣлѣ объ обязательствахъ личныхъ по договору въ особенности. Кромѣ того нашъ законъ говоритъ не только о выдачѣ, но и о принятіи довѣренности и объ исполненіи по ней, а въ числѣ основаній для прекращенія упоминаетъ о сложеніи повѣреннымъ съ себя довѣренности. Все это указываетъ на то, что нашъ законъ смотритъ на выдачу и принятіе довѣренности какъ на договоръ. И это подтверждается ст. 32 уст. торг.: „договоры торговой довѣренности заключаются посредствомъ актовъ, именуемыхъ торговыми довѣренностями". Какъ плохо нашей практикѣ удается разграниченіе этого договора отъ другихъ,—въ частности отъ личнаго найма—явствуетъ изъ колебаній сената по вопросу о природѣ договора съ судебнымъ повѣреннымъ и нѣк. др.

Съ средины XIX стол. происходитъ тотъ поворотъ, о которомъ мы уже говорили. Полномочіе отдѣляется отъ порученія. Въ швейцарскомъ законѣ 1881 г. объ обязательствахъ въ опредѣленіи мандата уже нѣтъ намека на юридическое представительство: мандатарій обязуется исполнить порученное ему дѣло (Geschäft) согласно съ волею манданта. Это „дѣло" можетъ имѣть фактическій и юридическій характеръ. Договоръ можетъ быть безмездный и возмездный. Чѣмъ же онъ отличается отъ личнаго найма? Послѣ нѣкоторыхъ колебаній практика и доктрина остановились на томъ, что при личномъ наймѣ удареніе лежитъ на личномъ отношеніи между сторонами, при порученіи—на исполненіи порученнаго дѣла [2]). Выдвигается такимъ образомъ новый критерій, которому суждено сыграть важную роль въ этомъ вопросѣ: характеръ отношенія между сторона-

[1]) Прусское зем. улож. выдѣляло договоръ съ управляющимъ (Verwaltungsvertrag) въ особую категорію (см. I, 14 109 сл.).

[2]) Haberstich. Haud. d. schweiz. Obligationenrechts, II, стр. 202 сл., Schneider und Fick, коммент. къ ст. 392.

ми.—Составители германскаго уложенія первоначально пошли по тому же пути, какъ швейцарскій законъ, говоря о Geschäftsbesorgung и допустивъ возможность вознагражденія. „Вопросъ о разграниченіи договора отъ личнаго найма, говорится въ мотивахъ, (стр. 526) дѣло науки, которой его разрѣшеніе можетъ быть предоставлено безъ опаски». Но съ этимъ не согласились какъ разъ представители науки [1]). Они указывали, что въ жизни между обѣщаніемъ фактическихъ и юридическихъ услугъ нѣтъ существенной разницы и что возмездный мандатъ ничѣмъ не отличается отъ личнаго найма. Тогда, не видя другого исхода, редакторы германскаго проекта вернулись къ признаку безвозмездности. Но, изложивъ постановленія о безмездномъ веденіи чужихъ дѣлъ, они въ заключительной статьѣ, прибавляютъ: когда Geschäftsbesorgung — исполненіе порученія — составляетъ предметъ найма или подряда, къ нимъ примѣняются тѣ же положенія о порученіи, за исключеніемъ одного: о правѣ повѣреннаго односторонне сложить съ себя исполненіе обязанностей. Но тогда естественно долженъ былъ возникнуть вопросъ, какіе договоры имѣютъ своимъ предметомъ Geschäftsbesorgung, какіе нѣтъ, ибо отъ этого зависитъ примѣненіе постановленій о порученіи. Въ литературѣ [2]) и въ практикѣ [3]) этотъ вопросъ вызываетъ разногласія. Нѣкоторые [4]) полагаютъ, что они примѣняются ко всѣмъ безъ исключенія договорамъ личнаго найма и подряда. Другіе [5]) ограничиваютъ ихъ примѣненіе тѣми случаями, когда въ жизни принято говорить о Geschäftsführung. Третьи [6]) различаютъ обѣщаніе опредѣленной услуги или ряда опредѣленныхъ услугъ отъ предоставленія рабочей силы для извѣстнаго рода дѣятельности сообразно съ указаніями работодателя. Только въ первомъ случаѣ можно говорить о Geschäftsführung и слѣдовательно примѣнять начала о порученіи.

---

1) Ср. напр. Loewenfeld, Ueber den Dienst, Werk und Auftragvertr. въ Gutachten aus dem Anwaltstande, стр. 858 сл.

2) См. обзоръ у Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten Verträge въ Jahrb. f. Dogm. 44 (1902).

3) Sneccerus, Lehrb. d. bürg R. I, § 384, № 7.

4) Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag, стр. 14 сл., Plank-André, коммент. къ § 675 (3-е изд.).

5) Lotmar, Arbeitsvertrag, I, стр. 274 сл., Sneccerus, ук. соч., § 384.

6) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte стр. 571 № 42, Lenel, стр. 35.

III.

Законодательство о договорѣ порученія, въ итогѣ своего историческаго развитія, свова пришло къ своей отправной точкѣ, къ критерію безвозмездности, но, въ то же время, къ почти полному уничтоженію разницы между веденіемъ чужихъ дѣлъ по возмездному, безвозмездному договору. Практическое значеніе главы о порученіи въ гражданскихъ кодексахъ въ настоящее время свелось къ тому, что она служитъ sedes materiae для ряда институтовъ, имѣющихъ самостоятельное и общее значеніе: въ болѣе старыхъ кодексахъ для представительства, полномочія, веденія чужихъ дѣлъ и субституціи, въ новѣйшихъ уложеніяхъ только для послѣднихъ двухъ институтовъ; такъ какъ въ нихъ правила о представительствѣ и полномочіи перенесены въ общую часть. За признаніе веденія чужихъ дѣлъ самостоятельнымъ юридическимъ институтомъ въ германской литературѣ, какъ мы указывали, ратуютъ Исай и Кроме, хотя пока не особенно успѣшно. Новѣйшія законодательства и доктрина совершенно отказались отъ различенія фактическихъ и юридическихъ дѣлъ, какъ предмета договора. Объединивъ ихъ въ общемъ понятіи Geschäftsführung, они примѣняютъ къ нимъ однѣ и тѣ же правовыя нормы. Въ послѣднее время, снова была сдѣлана энергичная попытка [1]) вернуться къ прежнему ученію о связи порученія съ пред-

---

[1]) Dniestrzansky, ук. соч., видитъ единственный критерій для разграниченія порученія отъ другихъ договоровъ въ томъ, что оно „направлено на вступленіе въ юридическія отношенія съ третьими лицами“. Подъ понятіе порученія въ широкомъ смыслѣ онъ подводитъ не только договоръ довѣренности, соединенный съ прямымъ представительствомъ, но также комиссіонный, спедиціонный и вообще всѣ договоры о косвенномъ представительствѣ, далѣе переводъ, принятіе на себя чужого долга и договоры въ пользу третьихъ лицъ. Общее свойство всѣхъ этихъ сдѣлокъ—„направленіе на правовую сферу третьихъ лицъ, вовлеченіе этихъ лицъ въ правовую связь, устанавливаемую между договаривающимися сторонами“ (стр. 293 сл.). Авторъ признаетъ, что и съ другими трудовыми договорами можетъ соединяться вступленіе въ сношеніе съ третьими лицами, но это, по его мнѣнію, лишь доказательство того, что въ составъ этихъ договоровъ входитъ элементъ порученія (стр. 322). Авторъ упускаетъ изъ виду, что правовыя послѣдствія вступленія въ сношенія съ третьими лицами, при прямомъ и косвенномъ представительствѣ, при переводѣ и договорѣ въ пользу третьихъ лицъ, совершенно неодинаковы, также какъ вліяніе, оказываемое „направленіемъ сдѣлки на правовую сферу третьихъ лицъ“ на отношенія между контрагентами. Онъ и не

ставительствомъ, хотя въ нѣсколько модифицированномъ видѣ. Но она никакого вліянія на литературу и законодательства не имѣла. Во всѣхъ новѣйшихъ законопроектахъ порученіе рѣзко отдѣляется отъ представительства и полномочія, обнимая не только юридическую, но также фактическую дѣятельность.

Что субституція или перепорученіе договорныхъ обязанностей подчиняется однороднымъ началамъ при всѣхъ юридическихъ сдѣлкахъ, объ этомъ въ доктринѣ, кажется, не спорятъ. Эти начала въ общихъ чертахъ сводятся къ тремъ положеніямъ: кто перепоручаетъ свои обязанности съ разрѣшенія контрагента, отвѣчаетъ только за выборъ лица; кто это дѣлаетъ противъ воли контрагента, отвѣчаетъ за всякія—даже случайныя—послѣдствія такой замѣны, кто наконецъ, пользуется услугами фактическихъ помощниковъ при исполненіи своихъ договорныхъ обязанностей, дѣлаетъ это за собственный страхъ. Онъ отвѣчаетъ за дѣйствія помощниковъ, совершаемыя ими въ качествѣ таковыхъ, какъ за собственныя дѣйствія. Эти положенія общія, они примѣняются повсюду, гдѣ закономъ или соглашеніемъ сторонъ не устанавливаются отступленія отъ нихъ.

Глава о порученіи такимъ образомъ служитъ только мѣстомъ для изложенія ряда общихъ началъ и институтовъ. Энекцерусъ [1]) совершенно правильно указываетъ, что примѣненіе правилъ о порученіи по аналогіи имѣетъ гораздо и болѣе важное практическое значеніе, чѣмъ непосредственное ихъ примѣненіе. Вопросъ слѣдовательно сводится къ тому, можно ли такой порядокъ изложенія съ точки зрѣнія законодательной техники признать желательнымъ и цѣлесообразнымъ.

Цивилистическая наука очень мало удѣляетъ вниманія вопросамъ законодательной техники и для догматическаго изученія и практическаго примѣненія институтовъ гражданскаго права, быть можетъ, дѣйствительно не столь уже важно, въ какой главѣ кодекса о нихъ говорится, разъ положенія о нихъ могутъ быть распространяемы на аналогичные случаи. Но тутъ возникаетъ одно весьма существенное затрудненіе. Въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣстный институтъ трактуется законодателемъ, какъ одинъ изъ элементовъ юридическаго

объясняетъ, въ чемъ собственно заключается это вліяніе на внутреннюю структуру договора. Его теорія страдаетъ явною искусственностью и не устраняетъ затрудненій, испытываемыхъ при разграниченіи договора порученія отъ другихъ договоровъ, соединенныхъ съ представительствомъ.

[1]) Ук. соч., I, Abt. II, стр. 425.

*

состава опредѣленнаго договора, а потомъ встрѣчается въ жизни въ другомъ составѣ, суду приходится отвѣчать на вопросъ, какія изъ законоположеній, касающихся перваго договора, примѣняются въ данномъ случаѣ, какія нѣтъ. Нанимается, напримѣръ, швейцаръ и въ видѣ вознагражденія ему обѣщаютъ харчи и помѣщеніе. Тутъ сочетаются элементы личнаго права съ элементами поставки и имущественнаго найма. Или товарищъ, въ видѣ вклада, обѣщаетъ личныя услуги, подрядчикъ обѣщаетъ изготовленіе вещи частью изъ своего матеріала, частью изъ матеріала заказчика, пассажиръ, въ видѣ платы за перевозку, обѣщаетъ исполненіе извѣстныхъ обязанностей на кораблѣ, вещь, въ цѣляхъ одаренія, отчуждается за полцѣны и т. д. Такихъ договоровъ съ комбинированнымъ или смѣшаннымъ составомъ въ жизни встрѣчается безчисленное множество и каждый разъ возникаетъ не только вопросъ о томъ, какія примѣнить положенія, но также, какъ устранить встрѣчающіяся между ними логическія противорѣчія [1]). Римскіе юристы даютъ на этотъ вопросъ такой отвѣтъ: въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ надлежитъ опредѣлить основной или преобладающій типъ договора и при сомнѣніяхъ и коллизіяхъ руководствоваться постановленіями о немъ. Въ этомъ смыслѣ они и рѣшаютъ, что такой-то договоръ magis venditio quam locatio, magis mandatum quam depositum и т. д. Иногда они признаютъ такую смѣшанную сдѣлку за contr. innominatus. Для нихъ это было единственнымъ возможнымъ рѣшеніемъ, такъ какъ въ Римѣ вопросъ ставился такъ; какой искъ вытекаетъ изъ даннаго договора, actio venditi или locati, mandati или depositi или же actio praescr. verbis? Хотя въ современномъ правѣ вопросъ не такъ ставится и рѣчь уже не идетъ о характерѣ иска, а о правахъ и обязанностяхъ, вытекающихъ изъ данной смѣшанной сдѣлки, тѣмъ не менѣе современные юристы не придумали другого рѣшенія. Необходимо, говорятъ они, либо отыскать господствующій договоръ, либо смѣшанная сдѣлка, какъ безымянная, подлежитъ общимъ нормамъ обязательнаго права [2]). Французскіе юристы [3]), охотно оперирующіе съ понятіемъ

---

[1]) См. сжатый очеркъ ученія о смѣшанныхъ договорахъ у Энекцеруса, ук. соч. I, § 323; тамъ же обзоръ герм. литературы

[2]) Lotmar, Arbeitsvertrag гл. VI, подробно развиваетъ эту теорію (Absorptionsteorie) въ примѣненіи къ догов. о трудѣ.

[3]) Laurent, Principes de droit civil, 24, гл. 68. Отдѣльные случаи см. у Troplong къ art 1702, C. c. № 5, Planiol Traité élém. II 1662, Zachariä-Crome, II, § 340 № 1 (тамъ франц. литература).

безымянныхъ сдѣлокъ, однако не указываютъ намъ какъ быть, когда общихъ нормъ, подходящихъ для даннаго случая, не существуетъ. Такое механическое рѣшеніе о договорахъ съ смѣшаннымъ составомъ на практикѣ должно вести къ несправедливостямъ и произволу. Почему, въ самомъ дѣлѣ, продажа за полцѣны съ цѣлью одаренія есть больше продажа, чѣмъ даръ, почему перевозка въ обмѣнъ на услуги больше личный наемъ, чѣмъ перевозка или наоборотъ? Исходя изъ этихъ соображеній, въ самое послѣднее время въ юридической литературѣ намѣчается теченіе, которому, быть можетъ, суждено оказать большое вліяніе на систему гражданскихъ кодексовъ: намѣчается тенденція къ расчлененію элементовъ юридическаго состава отдѣльныхъ договоровъ и связанныхъ съ каждымъ изъ нихъ комплектовъ юридическихъ послѣдствій. Этимъ путемъ хотя и не устраняются всѣ затрудненія, вызываемыя смѣшанными договорами, но задача суда значительно упрощается и облегчается, такъ какъ рѣчь идетъ уже не о комбинированіи в с ѣ х ъ положеній закона, касающихся смѣшанныхъ договоровъ, а только положеній, относящихся къ данному элементу. Въ литературѣ наглядный и довольно обстоятельный опытъ примѣненія способа расчлененія сдѣланъ Густавомъ Рюмелиномъ [1]). Въ своей книгѣ Dienstvertrag und Werkvertrag, онъ разбираетъ отдѣльные элементы, входящіе въ договоры личнаго найма и подряда, и доказываетъ возможность включенія каждаго изъ нихъ въ составъ другого договора. „Для сложныхъ фактическихъ составовъ, говоритъ Рюмелинъ, устанавливаются правовыя положенія, причемъ не указывается, къ какой части состава относится отдѣльное правовое послѣдствіе. Наукѣ поставлена задача распутать конгломератъ моментовъ фактическаго состава и правовыхъ послѣдствій и устанавливать въ отдѣльности связь между ними“ (стр. 312 сл.). Надъ осуществленіемъ формулированной Рюмелиномъ задачи въ настоящее время работаетъ фрейбургскій приватъ-доцентъ Hoeniger. Въ недавно вышедшемъ первомъ томѣ широко задуманнаго труда [2]) онъ разбираетъ основныя формы смѣшанныхъ договоровъ, принявъ за исходное положеніе необходимость расчлененія отдѣльныхъ элементовъ въ составѣ договора и комбинированія ихъ специфическихъ

[1]) См. также Chatelain, De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur.

[2]) Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Уже раньше появилась фрейб. диссерт. того же автора: Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge (1906).

послѣдствій. Первый томъ содержитъ преимущественно казуистическіе матеріалы; теоретическую разработку Hoeniger обѣщаетъ дать во второмъ томѣ.

Мы позволили себѣ маленькое отступленіе отъ своей темы съ цѣлью показать, что въ доктринѣ довольно опредѣленно выясняется тенденція къ обособленію отдѣльныхъ элементовъ фактическаго состава, встрѣчающихся въ различныхъ договорныхъ комбинціяхъ и связанныхъ съ ними специфическихъ и правовыхъ послѣдствій. На этотъ путь науку, повидимому, толкаетъ реальная потребность въ сближеніи научной и законодательной систематизаціи правовыхъ нормъ съ фактическою группировкою бытовыхъ отношеній. Объединеніе разнородныхъ институтовъ, о которыхъ говорится въ пяти раздѣлахъ 12-й главы проекта подъ общимъ названіемъ довѣренности, идетъ по діаметрально противоположному пути. И съ точки зрѣнія законодательной техники едва ли можно признать его особенно удачнымъ.

Высказанныя нами соображенія должны были бы привести насъ къ необходимости категорически поставить вопросъ: имѣетъ ли дальнѣйшее сохраненіе договора о довѣренности какое нибудь разумное основаніе, не лучше ли совсѣмъ упразднить его и размѣстить постановленія о соединенныхъ подъ его флагомъ институтахъ въ общей части обязательственнаго права? Но какъ это ни странно, сама жизнь противится этому выводу и толкаетъ законодательства на совершенно другое рѣшеніе вопроса, при которомъ договоръ порученія не только не утрачиваетъ своего практическаго значенія, не растворяется безъ остатка въ рядѣ самостоятельныхъ институтовъ, а, наоборотъ, призывается играть важную и самостоятельную роль въ хозяйственной жизни.

IV.

Всякій, слѣдившій за движеніемъ законодательства о трудовыхъ договорахъ за послѣднее десятилѣтіе или хотя бы знакомый съ нимъ по немногочисленнымъ статьямъ, посвященнымъ этому вопросу въ русской литературѣ, могъ убѣдиться, что это движеніе идетъ по опредѣленному руслу и въ опредѣленномъ направленіи. Оно стремится приспособить нормы гражданскаго права къ особенностямъ дифференцировавшихся отношеній въ области найма труда, подыскивать правовыя формы, соотвѣтствующія экономической природѣ этихъ отношеній. Унаслѣдо-

ванное отъ римскаго права дѣленіе договоровъ о возмездномъ трудѣ по признаку, обѣщается ли дѣятельность какъ таковая или ея результатъ, давно уже перестало удовлетворять потребностямъ оборота. Образовались многочисленные договоры о трудѣ, для которыхъ это различіе не имѣетъ никакого значенія, договоры, характеризуемые экономическими свойствами обѣщанной дѣятельности или соціальнымъ положеніемъ лицъ, отдающихъ свой трудъ. Нѣкоторые изъ нихъ нашли себѣ мѣсто въ гражданскихъ кодексахъ, большинство регулируется спеціальными узаконеніями, остальные еще ждутъ законодательной нормировки. Среди нихъ выдѣляется и занимаетъ совершенно особое положеніе, по своеобразности юридической структуры и бытовому значенію, группа трудовыхъ сдѣлокъ, объединенныхъ въ новѣйшей доктринѣ подъ названіемъ рабочаго или служебнаго договора Arbeitsvertrag, Anstellungsvertrag, Contrat de travail, contrat de services. Рабочимъ договоромъ—и въ этомъ заключается его отличительный признакъ,—устанавливается право или власть работодателя въ теченіе извѣстнаго времени и въ опредѣленныхъ предѣлахъ располагать чужою рабочею силою, сообразно со своими потребностями и желаніями. Нанявшійся, въ силу договора, становится на время звеномъ чужого предпріятія или хозяйства, обслуживаніемъ котораго поглощается вся или большая часть его дѣятельности, какъ хозяйствующаго субъекта.

Въ громадномъ большинствѣ случаевъ онъ принадлежитъ къ контингенту лицъ, не отправляющихъ собственной планомѣрной хозяйственной дѣятельности, а добывающихъ средства къ существованію въ качествѣ рабочаго или служащаго. Рабочій договоръ не совпадаетъ съ личнымъ наймомъ ни въ объемѣ, ни по содержанію. Онъ охватываетъ одинъ сегментъ регулируемыхъ этимъ договоромъ отношеній, а именно—тѣ изъ нихъ, для которыхъ характернымъ признакомъ является подчиненіе рабочей силы одного человѣка власти и цѣлямъ другого. Элементъ обмѣна труда на деньги, характеризующій личный наемъ, отступаетъ на второй планъ. Обособленіе рабочаго договора въ жизни давно стало совершившимся фактомъ; теперь очередь за закономъ. Законодательства [1]) подходятъ къ разрѣшенію этой новой задачи двумя различными путями. Одна группа — сюда принадлежатъ голландское уложеніе, швейцарскій и венгерскіе проекты—подвергаютъ гражд. нормы кодекса

---

[1]) См. мои статьи въ Правѣ 1908, № 33, 1909, № 16 и въ Журн. Мин. Юст. за янв. 1909, стр. 285.

о личномъ наймѣ соотвѣтственной переработкѣ. Другія—преимущественно романскія государства,—создаютъ общій законъ о рабочемъ договорѣ внѣ рамокъ гражданскихъ уложеній. Насъ въ настоящій моментъ интересуетъ только первая группа, потому что только этою реформою непосредственно затрогивается постановка въ гражданскомъ кодексѣ договора порученія. Голландская новелла 1907 г. къ дѣйствующему въ Голландіи кодексу Наполеона посвящена договорамъ, имѣющимъ своимъ предметомъ исполненіе работъ. Она различаетъ съ одной стороны договоры объ исполненіи отдѣльныхъ услугъ, регулируемые особыми постановленіями закона и соглашеніями сторонъ, а при отсутствіи таковыхъ—обычаемъ, съ другой стороны—рабочій договоръ и подрядъ. Первый изъ нихъ опредѣляется какъ договоръ, которымъ одна сторона обязуется, состоя въ услуженіи у другой, работать въ теченіе извѣстнаго времени за вознагражденіе. Характерно, говоритъ объяснительная записка, тутъ именно то, что работникъ находится „въ услуженіи“ у работодателя. По договору подряда одна сторона обязуется за вознагражденіе изготовить опредѣленное издѣліе. Постановленія о договорѣ порученія въ голландскомъ улож. остались безъ измѣненія, но совершенно очевидно, что конкуренція этого договора съ личнымъ наймомъ устранена и между ними проведена опредѣленная грань: при отсутствіи служебнаго отношенія къ обѣщанію такихъ услугъ, которыя по закону могутъ быть предметомъ договора порученія, всегда примѣняются постановленія объ этомъ договорѣ, а не о личномъ наймѣ. Въ ст. 1637 голландскаго улож. (1-й статьи новеллы) договоръ объ исполненіи отдѣльныхъ услугъ противопоставляется рабочему договору и подряду какъ третій самостоятельный договорный типъ.

На тотъ же путь, но уже совершенно сознательно, вступили редакторы швейцарскаго и венгерскаго проектовъ гражд. улож. Швейцарскій проектъ опредѣляетъ личный наемъ (Dienstvertrag) какъ договоръ, коимъ одно лицо въ качествѣ рабочаго, служащаго или ученика на опредѣленное или неопредѣленное время обязуется, за вознагражденіе, къ услугамъ (Diensten) въ пользу другого—хозяина или работодателя. „Кто не состоитъ въ услуженіи (nicht angestellt ist), тотъ только тогда подлежитъ правиламъ о личномъ наймѣ, если онъ работаетъ за вознагражденіе по времени“. Слѣдовательно, сюда не подходятъ лица, обѣщавшія исполненіе конкретныхъ услугъ за сдѣльную плату. Эти сдѣлки, если онѣ не являются подрядомъ, подлежатъ правиламъ о договорѣ порученія. Постановленія о по-

рученіи, говоритъ проф. Губеръ въ своемъ докладѣ національному совѣту [1]), объявлены субсидіарнымъ правомъ для всѣхъ договоровъ о трудѣ. „Порученіе не есть полномочіе, какъ полагаетъ французская теорія, ни абсолютно безмездная услуга, какъ утверждаетъ герм. гражд. улож. Къ порученіямъ должно быть отнесено исполненіе работъ, которымъ не присущи ни признаки рабочаго договора, ни подряда. Оно можетъ соединиться съ полномочіемъ или не соединиться съ нимъ, можетъ быть возмезднымъ или безмезднымъ, хотя послѣднее при сомнѣніи предполагается. Такой характеръ порученія даетъ возможность видѣть въ немъ субдсидіарную нормировку тѣхъ трудовыхъ отношеній, которые въ законѣ особо не нормируются». На основаніи этихъ соображеній въ ст. 1448 швейцарск. проекта включено такое положеніе: „правила о порученіи примѣняются ко всѣмъ работамъ, не подходящимъ подъ правила о личномъ наймѣ и подрядѣ".

Еще раньше ту же мысль высказали составители венгерскаго проекта, которые въ объяснительной запискѣ прямо называютъ договоръ порученія „субсидіарнымъ типомъ трудового договора" и противопоставляютъ его личному найму, устанавливающему служебное отношеніе (Anstellungsverhältnis). По этому договору одна сторона обязуется къ исполненію работъ въ домѣ, хозяйствѣ или въ дѣлѣ другого, а другая сторона обязуется къ уплатѣ опредѣленнаго условленнаго жалованья (§ 1600).

Намъ кажется, что вслѣдъ за голландскимъ закономъ, швейцарскій и венгерскій проекты набрели на правильный путь, что только при отдѣленіи договора порученія отъ обѣщанія конкретныхъ услугъ, не устанавливающаго обязанности къ длительной работѣ подъ властью работодателя и отъ подряда, состоящаго въ исполненіи опредѣленной задачи за страхъ работника, первый имѣетъ подъ собою реальную почву въ явленіяхъ хозяйственной жизни. Ему отведена обширная и важная область обѣщанія отдѣльныхъ услугъ, не составляющихъ предмета спеціальныхъ договоровъ. Эти услуги могутъ состоять въ сношеніяхъ съ третьими лицами въ качествѣ гласнаго или скрытаго представителя и тогда, конечно, примѣняются также нормы о представительствѣ. Они могутъ быть возмездными или безвозмездными, но природа договора отъ этого не зависитъ. Поручаю ли я кому-нибудь по договору купить хлѣбъ или испечь хлѣбъ за

---

[1]) Amtl. Stenogr. Bülletin der schweiz. Bundesversammlung, Oct. 1909, стр. 715.

вознагражденіе, или безплатно, юридическія послѣдствія будутъ одни и тѣ же. Но большая разница, поручаю ли я эту работу своей прислугѣ или пекарю. Въ первомъ случаѣ, я вправѣ дѣлать ей указанія относительно способа, времени и прочихъ подробностей и могу ихъ мѣнять по своему усмотрѣнію, во второмъ наши отношенія исчерпываются исполненіемъ конкретнаго порученія.

Правильная и цѣлесообразная законодательная нормировка въ области договоровъ о трудѣ предполагаетъ предварительное разрѣшеніе вопроса о классификаціи этихъ договоровъ. Мы тутъ встрѣчаемся съ одной существенной особенностью, которая не должна быть упущена изъ виду при ихъ законодательной и научной разработкѣ. На характеръ отношеній, вытекающихъ изъ трудовыхъ договоровъ, не рѣдко рѣшающее вліяніе оказываютъ бытовыя условія, какъ напр., соотношеніе экономическихъ силъ контрагентовъ, свойство обѣщанныхъ услугъ, степень личной связанности, создаваемой договоромъ и др. Въ основу классификаціи поэтому должны быть положены бытовые критеріи, а не формально юридическіе. Въ несоблюденіи этого требованія, на нашъ взглядъ, кроется причина затрудненій, испытываемыхъ наукою и практикою при отмежеваніи договора порученія отъ другихъ трудовыхъ договоровъ и, особенно отъ личнаго найма на почвѣ дѣйствующихъ законодательствъ. Когда граница между нимъ и остальными договорами о трудѣ будетъ проложена тамъ, гдѣ она проходитъ въ жизни, онъ, какъ самостоятельный договорный типъ, будетъ имѣть подъ собою твердую почву и тогда въ него легко и съ пользою для оборота будутъ укладываться бытовыя отношенія. Договоръ довѣренности въ той постановкѣ, какую онъ получилъ въ проектѣ, не способенъ устранить этихъ затрудненій и гражданскому обороту никакой пользы принести не можетъ.

По окончаніи доклада открылись пренія.

К. К. Дыновскій.—Не имѣя въ виду выступить съ возраженіями противъ основныхъ положеній доклада и правильности юридической конструкціи института „довѣренности“, оппонентъ ограничится нѣкоторыми разъясненіями по поводу тѣхъ вопросовъ, которые затронуты въ весьма интересномъ докладѣ. Многолѣтній практическій опытъ въ качествѣ судебнаго дѣятеля убѣдилъ оппонента въ томъ, что договоръ довѣренности удовлетворяетъ насущнѣйшимъ потребностямъ

жизни. Дѣйствительно, какъ практика, такъ и теорія затрудняется по вопросу о систематизаціи и юридической конструкціи этого договора; наша судебная практика, не находя достаточной опоры для опредѣленія объема этого договора въ X томѣ, почерпнула матеріалъ изъ области, мало имѣющей общаго съ гражданскимъ правомъ; таково послѣднее рѣшеніе Сената, признавшее характеръ имущественнаго, а не чисто личнаго (ius personalis) правоотношенія, обосновавъ таковой его характеръ положеніями о таксѣ для присяжныхъ повѣренныхъ (Приложеніе къ Учр. Суд. Установленій). И на почвѣ этихъ соображеній, Правительствующій Сенатъ разрѣшилъ возникшій по тому дѣлу вопросъ о правѣ присяжныхъ повѣренныхъ на полученіе гонорара, послѣ отнятія у нихъ довѣренности наслѣдниками по смерти довѣрителя, въ смыслѣ признанія за присяжными повѣренными этого права. Конструкція этого договора представляетъ дѣйствительно тѣмъ большія затрудненія, что весьма трудно установить въ видѣ общаго правила опредѣленное соотношеніе между предѣлами полномочія съ одной стороны и предѣлами поручепія. На почвѣ неопредѣленности и трудной опредѣлимости этой грани или, точнѣе, соотношенія, въ жизни встрѣчаются масса злоупотребленій; среди различныхъ институтовъ гражданскаго права, можно было бы сказать, договоръ довѣренности наиболѣе близокъ къ области уголовнаго права, ибо рѣдко договоръ этотъ остается чистымъ отъ мошенническаго оттѣнка. И тѣмъ не менѣе безъ этого договора въ жизни не обойтись. Для исполненія фактическихъ услугъ нѣтъ необходимости въ отдѣльномъ договорѣ, и таковое могло бы вполнѣ безъ остатка раствориться въ договорахъ о наймѣ труда; но для услугъ юридическаго характера, для совершенія юридическихъ дѣйствій, связывающихъ третьи лица отъ ихъ имени, этотъ договоръ sui generis представляется необходимымъ. Другой вопросъ—чисто техническаго характера, куда его отнести. Нельзя не согласиться съ авторомъ доклада, что предложенное законодательствомъ (В. Д. В.) разрѣшеніе этой проблемы, въ видѣ признанія его безмездности существеннымъ его характеромъ, точнѣе говоря, сохраненіе за этимъ договоромъ характера римскаго mandatum, представляется неудачнымъ; на это жалуется, какъ практика судовъ, такъ не въ меньшей степени и видные теоретики. Достаточно указать для иллюстраціи на 2 статьи Колера,

подвергшаго критикѣ, съ свойственной ему рѣзкостью и талантомъ, точку зрѣнія какъ Виндшейда, такъ и Планка. И такъ, стремленіе положить въ основу безмездность договора, является безусловно неудачною попыткою возрожденія устарѣвшаго для насъ римскаго института. Но неудача германскаго законодательства не знаменуетъ собой невозможность сохраненія этого института въ видѣ особаго въ гражданскомъ правѣ договора. Договоръ этотъ намъ нуженъ и безъ него обойтись мы были бы не въ состояніи. Достаточно вѣдь подумать о томъ, какъ иначе облечь столь многочисленныя правоотношенія адвокатовъ съ кліентами.

Докладчикъ *Л. С. Таль*, возражая противъ сдѣланныхъ К. К. Дыновскимъ, замѣчаній, указалъ, что въ принципѣ онъ вовсе не стоитъ за полное уничтоженіе этого договора и за растворенiе его въ рядѣ другихъ институтовъ; наоборотъ, признавая за нимъ, какъ юридическій, такъ и житейскій raison d'être, онъ только возстаетъ противъ оставленія его въ томъ видѣ, въ коемъ это проектировано составителями проекта гражданскаго уложенія; ибо, оставленный въ этомъ видѣ, договоръ этотъ потеряется, растворившись безъ остатка въ другихъ многочисленныхъ договорахъ о трудѣ. Какъ примѣръ подобнаго растворенія достаточно указать на облеченнаго довѣренностью управляющаго; является ли онъ повѣреннымъ? или полнымъ товарищемъ, дѣйствующимъ отъ имени всего товарищества? или наконецъ перевозчикомъ? Очевидно правоотношенія между патрономъ и управляющимъ, или между сотоварищами, или между грузоотправителемъ и перевозчикомъ будутъ, вопреки договору довѣренности, регулироваться не исключительно нормами сего послѣдняго, а главнымъ образомъ, если не вполнѣ—нормами другихъ трудовыхъ договоровъ. Вотъ почему цѣль доклада заключается въ устраненіи неясности, расплывчатости, каковая цѣль можетъ быть достигнута только путемъ отнесенія этого договора къ рабочему договору. Такъ, между прочимъ, поступило новѣйшее Швейцарское уложеніе, и такое разрѣшеніе проблемъ, какъ показываетъ недолголѣтній, правда, опытъ Швейцарскаго уложенія, представляется единственно правильнымъ.

К. К. Дыновскій. Примѣръ Швейцаріи едва ли можетъ быть для насъ рѣшающимъ; ибо не слѣдуетъ забывать различіе соціальнаго уклада нашей страны и Швейцаріи. У насъ есть

помѣщики, помѣстья коихъ равняются почти цѣлому Швейцарскому государству. Тамъ мелко-буржуазное, а у насъ крупно-помѣщичье хозяйство; тамъ самый институтъ представительства не можетъ принимать такихъ широкихъ размѣровъ, въ силу болѣе ограниченныхъ, чѣмъ у насъ, въ Россіи, размѣровъ каждаго въ отдѣльности хозяйства. Въ самомъ дѣлѣ, подъ какимъ видомъ мыслимо будетъ веденіе такихъ, какъ у насъ, крупныхъ хозяйствъ, если не подъ видомъ непосредственнаго представительства, въ силу коего дѣйствія одного лица непосредственно Helbaserweise обязываютъ или управомачиваютъ другое? эта непосредственность юридическаго эффекта дѣйствій повѣреннаго и есть самое существенное въ договорѣ довѣренности; установить же эту непосредственность иначе, какъ путемъ облеченія таковой въ форму особаго договора—довѣренности, немыслимо. Безъ довѣренности, какъ особаго договора, жизнь обойтись наврядъ ли сумѣетъ. Довѣренность представляетъ изъ себя не цѣль, а средство, инструментъ для достиженія желательнаго юридическаго эффекта; и для избѣжанія возможныхъ всегда на этой почвѣ злоупотребленій слѣдовало бы провести болѣе точную грань между порученіемъ и полномочіемъ. Такимъ образомъ будетъ нѣсколько пріостановлена гипертрофія полномочій. Для этого представляется необходимымъ создать такой типъ, въ которомъ заключались бы одновременнно какъ договоръ порученія, такъ и договоръ довѣренности.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ указалъ, что тезисы докладчика, поскольку они касаются критики проекта нашего гражданскаго уложенія, совершенно правильны; въ дѣйствительности, въ трактуемой области мы встрѣчаемся съ нѣкоторымъ обиліемъ элементовъ разнохарактерныхъ юридическихъ правоотношенія но, вопреки утвержденію докладчика, смѣшенія самихъ договоровъ не имѣется. Въ самомъ дѣлѣ, входящія въ видѣ составныхъ элементовъ договора довѣренности юридическія правоотношенія заключаются въ порученіи, представительствѣ и полномочіи. Но представительство есть фактъ, а не договоръ; и если въ извѣстныхъ случаяхъ оно возникаетъ на почвѣ договора, оно во всякомъ случаѣ въ неразрывной связи съ нимъ не находится, возникая весьма часто совершенно независимо отъ договора.—Также и полномочіе не можетъ быть признано само по себѣ самостоятельнымъ

договоромъ, совпадая въ этомъ смыслѣ съ представительствомъ. Остается одно лишь порученіе, являющееся дѣйствительно самостоятельнымъ договоромъ и вотъ, посколько докладчикъ въ своемъ докладѣ доказываетъ, что въ нашемъ проектѣ не проводится достаточная грань между порученіемъ, какъ договоромъ труда, и договоромъ довѣренности, заключающемъ въ себѣ, помимо элементовъ трудового договора еще и нѣчто особенное, а именно юридическое представительство, авторъ доклада совершенно правъ. И въ самомъ дѣлѣ, если въ этой области въ жизни мы встрѣчаемся съ массой отрицательныхъ явленій, то причина этого заключается не въ малой степени въ отсутствіи разницы между договоромъ порученія и довѣренности, въ непроведеніи достаточной грани между предѣлами каждаго изъ нихъ. На этой почвѣ масса такъ называемыхъ мертвыхъ довѣренностей, въ которыхъ предѣлы полномочія далеко шире предѣловъ порученія. Такое несоотвѣтствіе даетъ зачастую начало массѣ уродливыхъ явленій. Злоупотребленія полномочіями довѣренности принимаютъ подчасъ колоссальные размѣры, а бороться противъ этого представляется весьма труднымъ. Какъ въ самомъ дѣлѣ, съ точки зрѣнія нашихъ законовъ, или съ точки зрѣнія проекта гражд. уложенія распознать истинные предѣлы такъ называемыхъ банковыхъ довѣренностей. И вотъ, возникаетъ вопросъ, не представляется ли необходимымъ постановить въ проектѣ необходимость особливаго договора порученія наряду съ довѣренностью. Такое (фактическое и юридическое) ограниченіе сферы дѣятельности довѣреннаго путемъ особаго договора порученія встрѣчаемъ мы въ торговомъ оборотѣ; тамъ для совершенія какихъ-либо дѣйствій, требуется наличность особливаго порученія наряду съ довѣренностью. Одна довѣренность сама по себѣ не установляетъ еще порученія (ст. 5 Уст. Торг.).

И такъ, жизнь выдвигаетъ необходимость обособить договоръ довѣренности отъ порученія и установить точную, распознаваемую грань между предѣлами какъ довѣренности, такъ и порученія; поскольку въ докладѣ подмѣчена эта потребность и сдѣлана попытка путемъ правильной юридической конструкціи интересующихъ насъ институтовъ разрѣшить эту проблему, нельзя не примкнуть къ этому стремленію.

Въ заключеніе *предсѣдатель М. М. Винаверъ* отъ

имени общества благодаритъ почтеннаго докладчика за его весьма интересный докладъ, имѣющій тѣмъ большее значеніе, что онъ даетъ возможность обществу высказать свою точку зрѣнія въ тотъ моментъ, когда вновь пересматривается проектъ обязательственнаго права и готовится къ внесенію въ законодательныя учрежденія.

Засѣданіе закрыто въ $11^{3}/_{4}$ часа.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

16 марта 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^{1}/_{2}$ час. веч., подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя уголовнаго отдѣленія общества *В. Д. Набокова.*

Предметомъ занятій служило сообщеніе дѣйствительнаго члена общества *П. И. Люблинскаго: „Вашингтонскій тюремный конгрессъ“.*

По открытіи засѣданія слово предоставляется *докладчику П. И. Люблинскому*, сообщившему слѣдующее:

I.

Съ чувствомъ любопытства и волненія подплывали къ Нью-Іорку, горделиво устремляющемуся на небо своими домами-трубами, въ сентябрѣ 1910 года съѣзжавшіеся на тюремный съѣздъ делегаты изъ различныхъ государствъ Европы. Что можно будетъ вынести для старой европейской культуры изъ этой молодой страны, порвавшей со многими традиціями, увлеченной стихійной горячкой промышленнаго прогресса, выработавшей особый сортъ людей-практиковъ, оцѣнивающихъ все съ точки зрѣнія своего business? Каждый криминалистъ или тюрьмовѣдъ уже заранѣе представлялъ себѣ встрѣчающіеся здѣсь контрасты развитія: право Линча и система реформаторій; наиболѣе широко и прочно гарантированная конституціей свобода и неопредѣленные приговоры съ ихъ неизбѣжнымъ широкимъ судебно-административнымъ усмотрѣніемъ; государственныя тюрьмы-дворцы и тѣсныя желѣзныя клѣтки, выстроенныя въ рядъ, напоминающія звѣринецъ, въ мѣстныхъ тюрьмахъ. Хотѣ-

лось примирить эти противорѣчія, и среди новыхъ теченій уловить то, что представляетъ собою дѣйствительное движеніе впередъ, что способно приносить здоровые плоды, и то, что есть лишь продуктъ случайныхъ отклоненій, чрезмѣрнаго увлеченія новшествомъ и отчасти даже рекламы, весьма характерной для американцевъ даже въ этой области. Невольно припоминалась другая поѣздка европейскихъ тюрьмовѣдовъ, имѣвшая мѣсто давно, въ 40-хъ годахъ XIX вѣка, когда рядъ видныхъ ученыхъ (Tocqueville, Crawford, Mittermaier и др.) по порученію своихъ правительствъ ѣздили въ Америку изучать тюремное дѣло. Привезенныя ими тогда сѣмена—пенсильванская система одиночнаго заключенія и обурнская система молчанія—за эти семьдесять лѣтъ стали достояніемъ всей Западной Европы, осуществившей ихъ во всѣхъ своихъ тюрьмахъ. Суждено ли и настоящей поѣздкѣ, предпринятой уже въ болѣе грандіозномъ масштабѣ, сыграть аналогичную роль и пересадить въ Европу реформаторіи, попечительный надзоръ, суды для несовершеннолѣтнихъ, неопредѣленные приговоры, стерилизацію и другіе американскіе методы борьбы съ преступностью? Всѣ эти мысли питали и усиливали интересъ къ предстоящимъ впечатлѣніямъ. И я думаю, что большинство делегатовъ не обманулось въ тѣхъ большихъ ожиданіяхъ, которыя оно возлагало на Вашингтонскій конгрессъ.

Вашингтонскій конгрессъ собрался по приглашенію президента Рузвельта и американскаго конгресса, переданному международной пенитенціарной комиссіи въ Будапештѣ американскимъ представителемъ S. I. Barrows, который положилъ много любви и труда на подготовку конгресса.

Устроитель Вашингтонскаго конгресса S. I. Barrows представлялъ собою замѣчательную личность, память которой должна быть здѣсь почтена, хотя бы въ немногихъ словахъ. Онъ умеръ отъ воспаленія легкихъ 21 апрѣля 1909 г. въ Нью-Іоркѣ, не доживъ до конгресса и завѣщавъ руководство имъ своему другу, Ch. R. Henderson. Но воспоминаніе объ этомъ великомъ гуманистѣ каждый день вставало въ конгрессѣ. Вотъ его краткая біографія [1]). М-ръ Barrows родился въ маѣ 1845 г. въ бѣднѣйшей части Нью-Іорка East Side. Когда онъ былъ младенцемъ, его отецъ скончался отъ изнурительной болѣзни. Мать-вдова сколачивала небольшіе гроши на содержаніе четырехъ дѣтей чисткой сапогъ. Восьми лѣтъ Самуэль поступилъ

[1]) Кладу въ основаніе ея данныя, сообщенныя P. Kellog въ статьѣ, помѣщенной въ Prison Reform and Criminal Law 1910 p. 123—140.

мальчикомъ для порученій въ контору своего двоюроднаго дяди Richard Hoe, знаменитаго впослѣдствіи изобрѣтателя перваго американскаго печатнаго станка. Работая по 10 часовъ въ день, онъ зарабатывалъ долларъ въ недѣлю. Воскресенье онъ проводилъ въ церкви, а вечера въ школѣ. Полковникъ Hoe былъ другомъ Морса, изобрѣтателя телеграфа, и первая телеграфная проволока была выработана въ его мастерской. Двѣнадцатилѣтнему Барровсу пришлось работать надъ проведеніемъ этой линіи. Затѣмъ онъ изучилъ стенографію и сталъ зарабатывать этимъ хлѣбъ, проявляя при описаніи чудеса скорости. Во время войны онъ пытался поступить во флотъ, но не былъ принятъ вслѣдствіе слабаго здоровья. Тогда онъ занялъ мѣсто секретаря при докторѣ Jackson, главномъ врачѣ одной Нью-Іоркской санаторіи. Въ 1867 г. онъ женился на Isabel Hayes Chapin, которая только что вернулась изъ Индіи, гдѣ оказывала медицинскую помощь населенію. Съ того времени пути ихъ были неразлучны. Г-жа Барровсъ поступила въ университетъ для окончанія своего медицинскаго образованія, а молодой Барровсъ сталъ корреспондентомъ и позднѣе замѣстителемъ редактора газетъ Tribune и World. Черезъ годъ онъ получаетъ мѣсто стенографа-секретаря при военномъ министрѣ, которое занимаетъ до 1874 г. На этой должности его неоднократно замѣщала его супруга—первая женщина на службѣ военнаго вѣдомства въ Америкѣ. Она стала вмѣстѣ съ тѣмъ первою женщиною врачемъ-окулистомъ въ Нью-Іоркѣ и заняла скоро даже мѣсто преподавательницы въ медицинской школѣ. Помощь жены позволила и самому Барровсу серьезно подумать о своемъ профессіональномъ образованіи. Онъ сталъ посѣщать университеты въ Нью-Іоркѣ, Вашингтонѣ и Кэмбриджѣ и въ 1874 г. получилъ званіе доктора богословія, поддерживая себя за это время сотрудничествомъ въ газетахъ. По окончаніи университета, онъ становится пасторомъ въ одномъ мѣстечкѣ Массачузетса; здѣсь онъ выдвигается скоро въ этомъ званіи. Чрезъ четыре года онъ уже издаетъ вліятельный журналъ Christian Register. Пасторомъ онъ остается до 1897 г., когда его избираютъ депутатомъ въ конгрессъ отъ республиканской партіи. Законодательная дѣятельность его была направлена по преимуществу на развитіе гуманныхъ идей: онъ проводитъ мѣры помощи голодающимъ въ Индіи, энергично защищаетъ полное освобожденіе иностранныхъ книгъ отъ всякой пошлины. Онъ первымъ изъ американцевъ вступаетъ въ междупарламентскій союзъ и десять лѣтъ спустя организуетъ сессію этого союза въ Сен-Луи.

Ему пришлось пробыть всего одну сессію въ конгрессѣ, но онъ успѣлъ быть оцѣненнымъ. По окончаніи срока полномочій, онъ назначается представителемъ Соединенныхъ Штатовъ въ международной пенитенціарной комиссіи. Къ такому назначенію онъ былъ подготовленъ предшествующею своею дѣятельностью. Онъ былъ организаторомъ Тюремной Ассоціаціи въ Массачузетсѣ и много способствовалъ развитію системы испытанія въ этомъ штатѣ. Должность представителя въ пенитенціарной комиссіи онъ совмѣщалъ съ обязанностями секретаря Нью-Іоркской тюремной ассоціаціи, старѣйшей въ Америкѣ. Ему, между прочимъ, принадлежитъ составленіе перваго нью-іоркскаго закона о системѣ испытанія въ 1901 г. Со времени своего назначенія членомъ пенитенціарной комиссіи, онъ всецѣло посвящаетъ себя тюремному дѣлу; участвуетъ активно въ съѣздахъ въ Парижѣ, Брюсселѣ и Будапештѣ, популяризируетъ здѣсь широко американскія идеи о реформаторіяхъ, о системѣ испытанія, о судахъ для несовершеннолѣтнихъ, представляетъ обстоятельные доклады. Въ 1906 г. онъ получаетъ командировку для ознакомленія съ тюрьмами Европы, съ цѣлью избранія наилучшаго плана для новой нью-іоркской тюрьмы, и съ этой цѣлью посѣщаетъ тюрьмы Великобританіи, Швеціи, Финляндіи, Россіи, Франціи, Германіи, Испаніи и Португаліи. Дѣятельность его въ самой Америкѣ растетъ весьма быстро. Благодаря ему Нью-Іоркъ становится однимъ изъ передовыхъ штатовъ въ области постановки тюремнаго дѣла. Здѣсь онъ проводитъ рядъ законовъ, публикуетъ рядъ работъ, предпринимаетъ рядъ изслѣдованій. Онъ издаетъ нѣсколько журналовъ, посвященныхъ тюремному дѣлу и благотворительности. Подъ конецъ своей жизни онъ предпринимаетъ капитальное изданіе труда, посвященнаго американскимъ тюремнымъ учрежденіямъ, предназначенное для международнаго съѣзда, которое, однако, увидѣло свѣтъ лишь послѣ его смерти.

Очень трудно обозрѣть дѣятельность его въ различныхъ обществахъ, гдѣ онъ повсюду способствовалъ развитію духа гуманности. Интересовался онъ и Россіей. Ему принадлежитъ иниціатива въ собраніи нѣсколькихъ сотъ тысячъ рублей среди американскаго общества въ пользу голодающихъ въ Россіи. Онъ представилъ русскому правительству петицію американскихъ гражданъ объ освобожденіи Чайковскаго; онъ писалъ о состояніи русскихъ тюремъ, о судѣ для несовершеннолѣтнихъ въ Россіи. Въ послѣдніе годы онъ былъ поглощенъ подготовкой международнаго пенитенціарнаго конгресса въ Вашингтонѣ и сдѣлалъ къ тому всѣ

необходимые шаги; смерть однако прервала эту работу. Но память объ этомъ гуманномъ дѣятелѣ, повсюду вносившемъ свѣтлыя начала любви и гуманности, не умретъ.

Мнѣ пришлось познакомиться съ г. Барровсомъ въ Будапештѣ. На торжественномъ обѣдѣ, въ присутствіи представителей Россіи и Японіи, находившихся тогда въ войнѣ между собою, онъ говорилъ о великомъ миротворномъ значеніи международныхъ конгрессовъ, не знающихъ враждующихъ сторонъ, и благословлялъ символъ двухъ воюющихъ странъ, работающихъ здѣсь рука объ руку на пользу общаго дѣла гуманности. Онъ видѣлъ въ международныхъ конгрессахъ то мощное орудіе, которое призвано разрушить старыя идеи возмездія и внести въ тюрьмы зарю свѣта. Поэтому онъ смотрѣлъ на свою должность, какъ на призваніе, которое должно сдѣлать человѣчество болѣе отзывчивымъ и солидарнымъ. И, дѣйствительно, духъ гуманности вѣялъ все время надъ его послѣднимъ дѣтищемъ, Вашингтонскимъ конгрессомъ, и здѣсь нашли себѣ признаніе многія идеи, взлелѣянныя и распространенныя этимъ большимъ, любящимъ человѣчество, умомъ и сердцемъ.

Вашингтонскій конгрессъ былъ назначенъ на время отъ 2 до 8 октября 1910 г.; но, чтобы дать возможность делегатамъ сознательно отнестись къ обсужденію многихъ вопросовъ, касавшихся американскихъ учрежденій и фигурировавшихъ въ программѣ съѣзда, Барровсъ рѣшилъ организовать передъ съѣздомъ ознакомительную поѣздку по Америкѣ, которая должна была богато информировать конгрессистовъ. Для этой цѣли американскимъ правительствомъ было ассигновано 20,000 долларовъ, сумма, значительно увеличенная затѣмъ частной подпиской, которая позволила показать иностранцамъ все наиболѣе замѣчательное въ области тюремнаго дѣла, не подвергая ихъ никакимъ расходамъ.

Эта ознакомительная поѣздка по Соединеннымъ Штатамъ, во время которой делегаты имѣли возможность познакомиться и съ естественными красотами Америки, и съ наиболѣе интересными ея тюремными и исправительными заведеніями, явилась одною изъ самыхъ пріятныхъ и интересныхъ сторонъ Вашингтонскаго конгресса.

Было бы тщетнымъ пытаться на нѣсколькихъ страницахъ изложить ту громадную сумму впечатлѣній и наблюденій, которыя удалось каждому получить во время тѣхъ двухъ недѣль, когда спеціально приспособленный для делегатовъ поѣздъ пробѣгалъ свои 3000 верстъ. Это было безпрерывной фееріей, въ которой одна

картина интереснѣе другой привлекали къ себѣ взоръ наблюдателя. Тамъ, гдѣ недостатокъ времени не позволялъ дольше останавливаться на отдѣльныхъ впечатлѣніяхъ, обильно раздаваемые печатные матеріалы восполняли необходимую информацію, и каждый къ концу пути скопилъ порядочную библіотеку такихъ изданій.

Объединенные въ тѣсную группу, около 80 иностранцевъ, представлявшихъ собою до 25 различныхъ странъ, совмѣстно съ гостепріимною горстью американцевъ, въ числѣ до 50-ти, въ свою очередь являвшихся представителями не одного десятка штатовъ, кочевали изъ города въ городъ, изъ учрежденія въ учрежденіе, отъ одного блестящаго раута къ другому. Это было трудной, но всегда интересной работой. Одинъ изъ ораторовъ, Розенфельдъ, въ застольной рѣчи назвалъ эту экскурсію двухнедѣльнымъ тюремнымъ заключеніемъ съ тяжкимъ трудомъ. Но нужно сказать, что это лишеніе свободы было организовано въ соотвѣтствіи съ американскими идеями о наказаніи. Нашими тюремщиками были просвѣщенные и передовые американцы, проявлявшіе самое горячее попеченіе о заключенныхъ. Тяжкій трудъ характеризовался тѣми свойствами, какія требуетъ отъ него современная наука,—крайней поучительностью и продуктивностью. Наконецъ, устройство нашихъ камеръ—отдѣленій пульманскихъ спальныхъ вагоновъ, не оставляло желать ничего лучшаго въ смыслѣ гигіены и удобствъ. Правда, у насъ не было мягкихъ качалокъ и клѣтокъ съ пѣвчими птицами, которыми могутъ пользоваться заключенные американскихъ тюремъ, но мы охотно мирились съ этими недостатками, заполняя досуги личными бесѣдами, несмотря на различіе языковъ. Рѣдко кто изъ американцевъ зналъ другіе языки, кромѣ англійскаго, и потому англійскій языкъ царствовалъ, но за то снисходительность нашихъ хозяевъ къ варварскому произношенію и извращенію языка превосходила всѣ границы.

Еще до отъѣзда изъ города Нью-Іорка делегаты объединились вмѣстѣ и въ теченіе недѣли посѣщали достопримѣчательности Нью-Іорка. Такъ, ими были совмѣстно осмотрѣны судъ для несовершеннолѣтнихъ, послѣдственная тюрьма (Tombs), городской ночлежный домъ, новая строящаяся реформаторія въ Напанохѣ, рабочій домъ и другія учрежденія на Hart Island. 17 сентября делегаты представлялись замѣстителю мэра Нью-Іорка г. Митчелю въ городской думѣ, а вечеромъ того же дня приняли участіе въ банкетѣ, предложенномъ республиканскимъ клубомъ, City Club. Въ Нью-Іоркѣ делегаты посѣтили также, по приглашенію городского управленія, и

величайшій театръ міра—Hippodrome, выдающійся множествомъ своихъ развлеченій.

Делегаты выѣхали изъ Нью-Іорка вечеромъ 18 сентября и затѣмъ послѣдовательно дѣлали остановки въ слѣдующихъ городахъ и мѣстахъ: Эльмайра, Фривиль, Обурнъ, Индустри, Буффало, Ніагара (всѣ—въ штатѣ Нью-Іоркъ), Мансфильдъ (Огайо), Чикаго (Иллинойсъ), Индіанаполисъ (Индіана), Луисвиль (Кентукки). Кромѣ того, изъ этихъ центровъ дѣлались порою небольшія экскурсіи въ близлежащіе города. Такъ, изъ Чикаго были экскурсіи въ Понтіакъ, Мичиганъ-Сити, Женеву. Изъ Луисвиля—въ Джефферсонсвиль и т. д. На обратномъ пути изъ Вашингтона делегаты уже отдѣльными группами посѣтили Балтимору (Мэриландъ) и Филадельфію (Пенсильванія).

Путешествіе по штатамъ было организовано такъ, что съ делегатовъ были сняты всѣ заботы о себѣ, и всѣ расходы были покрыты устроителями. Въ каждомъ мѣстѣ, будь то городъ или маленькое мѣстечко, какъ Фривиль или Индустри, на вокзалѣ ихъ ожидали гостепріимно предоставленные частными собственниками автомобили, на которыхъ совершалась общая прогулка по городу и окрестностямъ, сопровождающаяся подробными объясненіями. Иногда эта поѣздка разрасталась въ настоящее путешествіе. Такъ, въ Чикаго на моторахъ было сдѣлано до 50 миль, въ Индіанаполисѣ до 80 миль. Затѣмъ къ полудню начинались осмотры учрежденій, при чемъ въ одномъ изъ нихъ делегатовъ гостепріимно встрѣчали обыкновенно завтракомъ. Къ вечеру, въ болѣе крупныхъ городахъ, какъ Обурнъ, Буффало, Чикаго, Индіанаполисъ, Луисвиль,—происходилъ оффиціальный обѣдъ, съ обильными рѣчами, продолжавшійся обыкновенно до полуночи. За это время делегатамъ пришлось произнести и выслушать до сотни такихъ рѣчей. Но американскія застольныя рѣчи представляютъ изъ себя тоже нѣчто поучительное для обѣихъ сторонъ. Наши хозяева въ своихъ рѣчахъ стремились ознакомить насъ съ постановкой въ ихъ городѣ или штатѣ различныхъ учрежденій: судовъ, полиціи, заботъ о бѣднякахъ, указать намъ то новое, что внесъ данный штатъ въ американскую культуру. Немного сдобренныя мѣстнымъ патріотизмомъ, эти рѣчи всегда были пересыпаны безыскусственнымъ юморомъ, составляющимъ необходимую приправу всякаго публичнаго слова въ Америкѣ. Въ свою очередь, отъ пріѣзжихъ американскіе гости ждали откровенной критики осмотрѣнныхъ учрежденій и оцѣнки ихъ трудовъ въ области тюремнаго дѣла. Стоило кому-либо днемъ

высказать своему сосѣду-американцу нѣсколько замѣчаній, чтобы его имя фигурировало въ вечернемъ спискѣ ораторовъ. Въ числѣ делегатовъ были представители многихъ странъ, въ томъ числѣ представители востока, и заботой устроителей всегда было составленіе красиваго международнаго букета рѣчей, съ участіемъ китайца или японца для экзотичности. Рѣдко къ этимъ обѣдамъ присоединялась концертная часть. Только подъ конецъ путешествія въ Луисвилѣ радушные хозяева, извѣстные своимъ „южнымъ гостепріимствомъ„, пощадили своихъ утомленныхъ гостей и, ограничившись немногими тостами, предоставили имъ удовольствіе послушать негритянскую музыку и пѣніе южныхъ пѣсенъ.

Если делегаты должны были дольше остановиться въ городѣ и провести ночь, то имъ безплатно отводились мѣста въ лучшемъ отелѣ, гдѣ они отдыхали отъ энергичной тряски американскихъ экспрессовъ. Навстрѣчу устроителямъ здѣсь радушно приходили мѣстныя коммерческія организаціи, принимавшія на себя львиную долю мѣстныхъ расходовъ.

Американское гостепріимство останется однимъ изъ самыхъ свѣтлыхъ воспоминаній. Оно выражалось въ той дружеской симпатіи, которую проявлялъ каждый американецъ къ европейцамъ. Для него люди Европы не были чуждыми: это—его старшіе братья, происшедшіе отъ однихъ съ нимъ предковъ. Отдѣльныя государства Европы, для насъ раздѣленныя историческими и политическими интересами, для американца казались такими же Соединенными Штатами, какіе онъ находитъ у себя дома. Неутомимый business-director F. N. Mills, котораго делегаты называли своимъ „Провидѣніемъ“ и отблагодарили цѣннымъ сувениромъ, блестяще справлялся со всѣми хлопотами, и,, несмотря на громоздкость поѣздки, она прошла вполнѣ благополучно, безъ всякихъ инцидентовъ.

Среди общихъ впечатлѣній виднаго особенно выдѣлялось посѣщеніе Ніагарскаго водопада, который делегаты могли наблюдать днемъ изъ спеціальной вагонетки, объѣзжающей его со всѣхъ сторонъ, и ночью при лунномъ свѣтѣ, съ небольшого острова, расположеннаго у самой стремнины. Интересенъ былъ проѣздъ чрезъ Аллеганскій хребетъ и долину Голубой рѣки, напоминающій Сенъ-Готардскую желѣзную дорогу, но болѣе дикій и величественный. Весьма поучительно было ознакомленіе съ типичными американскими городами новѣйшей планировки, какъ Буффало и Чикаго, съ чудовищно-громадными центрами и безконечной вереницей маленькихъ коттэджей, предназначенныхъ для отдѣльныхъ семей, радіусами

сходящеюся къ центру. Наконецъ, пріятны были автомобильныя поѣздки по безбрежнымъ нивамъ американскихъ плантацій, въ особенности на югѣ.

Но главное вниманіе конгрессистовъ, несомнѣнно, было сосредоточено на ознакомленіи со всевозможными карательными и исправительными учрежденіями.

Мы посѣтили величественныя реформаторіи въ Эльмайрѣ, Мансфильдѣ, Джефферсонсвилѣ, Понтіакѣ и Напанохѣ; государственныя тюрьмы въ Обурнѣ, Джоліетъ (Иллинойсъ), Индіанѣ и Филадельфіи, мужскія и женскія исправительно-воспитательныя заведенія на Hart Island, въ Индустри, Женевѣ, Сенъ-Чарльсъ, Индіанаполисѣ, Чикаго и Луисвилѣ, устроенныя въ видѣ отдѣльныхъ коттэджэй. Въ Фривилѣ делегаты были гостями знаменитой республики дѣтей Джорджа. Намъ удалось ознакомиться съ дѣятельностью судовъ для несовершеннолѣтнихъ въ Нью-Іоркѣ, Чикаго, Индіанаполисѣ, Луисвилѣ, Вашингтонѣ; почти повсюду мы могли осмотрѣть суды и подслѣдственныя и мѣстныя тюрьмы; познакомиться съ работными домами въ Нью-Іоркѣ, Чикаго и Вашингтонѣ. Въ реформаторіи Джефферсонсвиля группѣ конгрессистовъ удалось даже присутствовать при совершеніи стерилизаціи—этой новой мѣры борьбы съ вырожденіемъ и преступностью, представляющей смѣлую попытку, въ значеніи которой еще нельзя себѣ отдать отчета. Въ Обурнской тюрьмѣ былъ осмотрѣнъ делегатами кабинетъ смертной казни съ его электрическими приспособленіями. Словомъ, участникамъ поѣздки удалось вплотную подойти къ американскимъ учрежденіямъ и въ небольшой срокъ получить весьма яркое о нихъ представленіе. Къ чести американцевъ слѣдуетъ сказать, что они не пытались скрывать своихъ недостатковъ и позволяли, на ряду съ изученіемъ достоинствъ, детально знакомиться и съ тѣневыми сторонами американскихъ методовъ, порою даже указывая на это по собственному почину. Члены конгресса открыто высказывали свое мнѣніе относительно недостатковъ подслѣдственныхъ тюремъ, гдѣ въ полной праздности и безъ всякой классификаціи и раздѣленія проводятъ свое время различныя категоріи заключенныхъ; критиковали американскую систему постройки тюремъ съ окнами, выходящими только въ коридоръ; скептически относились къ нѣкоторымъ исправительнымъ методамъ—къ нахожденію въ одной одиночной камерѣ иногда по 2—3 заключенныхъ или къ чрезмѣрной роскоши зданій и т. д. Всѣ эти замѣчанія съ большимъ вниманіемъ выслушивались американскими тюрьмовѣдами. Трудно

учесть возможные результаты отъ этого обмѣна мыслями между американскими и европейскими тюрьмовѣдами. Съ одной стороны они способствовали тому, что многое, казавшееся въ американскихъ учрежденіяхъ исключительнымъ, страннымъ, стало болѣе понятнымъ и разумнымъ для европейцевъ; съ другой стороны, наивная увѣренность американцевъ въ истинности своихъ методовъ была нѣсколько умѣрена зрѣлымъ опытомъ европейцевъ.

Всѣхъ наблюдателей поразило то, какъ рѣшительно американцы сумѣли отрѣшиться отъ чувства мести по отношенію къ преступнику и сдѣлать тюремное заключеніе школой дисциплины и воспитанія, безъ всякихъ ненужныхъ стѣсненій. Имъ удалось упрочить въ своихъ учрежденіяхъ особый духъ дѣловитости и уваженія къ дисциплинѣ, который замѣняетъ принужденіе сознательнымъ слѣдованіемъ разумнымъ правиламъ. Во главѣ своихъ учрежденій они сумѣли поставить людей, глубоко преданныхъ дѣлу и обладающихъ широкимъ взглядомъ на вещи. Они смогли, наконецъ, пробудить въ широкихъ общественныхъ кругахъ интересъ къ дѣлу исправленія преступниковъ и побудить общество къ значительнымъ затратамъ личныхъ и имущественныхъ средствъ на надлежащую организацію исправительныхъ заведеній. Великолѣпныя зданія, большая забота объ умственномъ и физическомъ развитіи заключенныхъ, умѣлая эксплоатація ихъ труда, дающаго вмѣстѣ съ тѣмъ хорошую профессіональную подготовку, развитіе самодѣятельности заключенныхъ и хорошая организація надзора по освобожденіи на первыхъ шагахъ свободной жизни—все это привлекало къ себѣ вниманіе европейцевъ.

Въ сороковыхъ годахъ XIX в. европейскіе тюрьмовѣды также учились въ Америкѣ новымъ тогда здѣсь системамъ, получившимъ свое названіе отъ тюремъ, въ которыхъ онѣ были осуществлены,—системѣ пенсильванской келейнаго заключенія и системѣ обурнской—съ общими работами, но съ разъединеніемъ на ночь въ одиночныя камеры и съ поддержаніемъ безусловнаго молчанія во время общихъ работъ. Съ того времени эти системы стали господствующими въ Европѣ, и до самаго послѣдняго времени здѣсь велся споръ о преимуществахъ той или иной системы. А между тѣмъ Америка уже давно ушла впередъ отъ этихъ своихъ старыхъ формъ.

Делегатамъ Европы теперь снова пришлось посѣтить эти знаменитыя въ исторіи тюремнаго дѣла тюрьмы. Но, увы, и онѣ измѣнили своимъ старымъ системамъ, о которыхъ такъ много

спорили! Старый Обурнскій пенитенціарій (Auburn State Prison), построенный въ 1815 году и напоминающій скорѣе старинный замокъ, превратился въ громадную фабрику, оборудованную сложными машинами, насчитывающую 50—60 различныхъ мастерскихъ, вплоть до художественныхъ, приносящихъ государству до двухъ милліоновъ рублей валового дохода. Появилась здѣсь и пышно расцвѣла школа, насчитывающая десятки классовъ. Система молчанія отброшена, и заключеннымъ предоставляется вести между собою тихій разговоръ, не мѣшающій работѣ. Не выдержано даже разъединеніе на ночь, и въ одну камеру помѣщается по два, а иногда даже и по три заключенныхъ. Въ тюрьмѣ введено раздѣленіе по классамъ заключенныхъ, характерное для прогрессивной системы, и примѣняется мало гармонирующее со старой системой досрочное условное освобожденіе. Обсаженный каштанами длинный дворъ, напоминающій аллею парка, служитъ мѣстомъ для совмѣстныхъ прогулокъ и физическихъ упражненій заключенныхъ.

Еще больше отклонился отъ своей системы „Eastern Penitentiary“ въ Филадельфіи, этотъ піонеръ системы строгаго одиночнаго заключенія, построенный въ 1806 г. Его старыя кирпичныя стѣны успѣли всѣ сплошь зарости высокимъ плющемъ; его корпуса, расположенные звѣздою, увеличились въ числѣ; оживленная жизнь города окружила его со всѣхъ сторонъ. Не уцѣлѣлъ и внутри старый духъ квакерскаго піэтета. Вмѣсто одиночнаго созерцанія, соціальная жизнь тюрьмы и общія работы заключенныхъ вступаютъ понемногу въ свои права, борясь съ неблагопріятными условіями помѣщенія. Одиночное заключеніе уступило мѣсто совмѣстному—по 3 по 4 въ одной камерѣ. Камеры нѣсколько большаго объема всѣ превращены въ мастерскія, гдѣ совмѣстно работаетъ до десятка заключенныхъ подъ наблюденіемъ старшаго, избраннаго изъ ихъ же среды. Выстроены новыя, болѣе обширныя помѣщенія для общихъ мастерскихъ. Духовой оркестръ заключенныхъ удобно размѣстился въ зданіи заразной больницы, которое стоитъ пустымъ, и его веселые звуки широко разносятся по всему зданію. На 710 келій, изъ которыхъ не менѣе 50 отведено подъ мастерскія, приходится 1400 заключенныхъ. Работами занято всего около 35% заключенныхъ, остальные, свободно переходя изъ одной камеры въ другую (многія камеры остаются весь день открытыми), ведутъ непринужденную бесѣду, собираются на вечерніе митинги, и многіе изъ заключенныхъ работаютъ въ

школѣ. Темные карцера, игравшіе когда-то столь важную роль, за ненадобностью превращены въ склады товаровъ, и вся дисциплина, если можно назвать дисциплиной такую безсистемность, поддерживается мелкими льготами и дружескими увѣщаніями администраціи. „Они знаютъ"—говорилъ мнѣ начальникъ этой тюрьмы,—„что я дѣлаю все для нихъ, и потому стараются дѣлать въ свою очередь все для меня". Система одиночнаго заключенія здѣсь распалась окончательно, и на почвѣ неприспособленности тюрьмы къ новымъ задачамъ получилось отсутствіе всякой системы. Въ настоящее время въ Пенсильваніи строится уже реформаторія, которая должна устранить изъ этого промискуитета наиболѣе молодой элементъ.

Распались старыя системы Обурна и Пенсильваніи, какъ искусственныя измышленія ума, не соотвѣтствующія человѣческой природѣ, и на мѣсто ихъ все новыя и новыя завоеванія дѣлаетъ система, основанная на воспитательномъ режимѣ, система реформаторій. Она уже не представляется исключительнымъ достояніемъ двухъ-трехъ передовыхъ штатовъ, какъ то было десять лѣтъ тому назадъ. Всякій, болѣе крупный штатъ спѣшитъ обзавестись реформаторіей. Въ настоящее время строится вторая реформаторія въ Нью-Іоркѣ, реформаторія во Франкфуртѣ (Индіана), въ Калифорніи, въ Пенсильваніи, въ Вашингтонѣ, помимо десятка уже существующихъ, при чемъ каждый штатъ стремится ввести что-либо новое въ свои методы.

Международному конгрессу, по ознакомленіи съ американскими учрежденіями, предстояло вынести свое рѣшеніе по многимъ вопросамъ американскаго тюремнаго строя. Въ программѣ фигурировали вопросы о неопредѣленныхъ приговорахъ, о системѣ реформаторій, о достаточномъ условномъ освобожденіи, о судахъ для несовершеннолѣтнихъ, о системѣ испытанія и пр. И потому резолюціи конгресса, основанныя на убѣжденіяхъ, вынесенныхъ изъ личнаго опыта, имѣютъ особенную цѣнность и особенно знаменательны.

Въ Вашингтонѣ, куда прибыли делегаты 28 сентября, послѣ долгой поѣздки, общая партія разбилась. Делегатамъ, желавшимъ отдохнуть нѣсколько дней предъ конгрессомъ, была предоставлена возможность этого. Мѣстный reception committee организовалъ за это время рядъ осмотровъ столицы. Величественный капитолій, господствующій надъ городомъ, съ блещущей своимъ великолѣпіемъ новой библіотекой конгресса, безконечные мраморные дворцы

правительственныхъ учрежденій, многочисленные памятники во главѣ съ гордо устремляющейся въ небо колонной Георга Вашингтона, для постройки которой каждый штатъ прислалъ по одному монолиту, широкіе бульвары-проспекты, носящіе имена отдѣльныхъ штатовъ,—все плѣняло взоръ, въ особенности послѣ неугомонной, сумасшедшей сутолоки осмотрѣнныхъ большихъ городовъ, въ родѣ Нью-Іорка и Чикаго. Спокойная, ровная и чистая жизнь Вашингтона была рѣзкимъ контрастомъ дѣловой горячкѣ промышленныхъ и торговыхъ центровъ. Не упустили делегаты, по приглашенію таможеннаго вѣдомства, сдѣлать паломничество на священную для американца гору—Mount Vernon, родину и помѣстье Георга Вашингтона, перваго президента Соединенныхъ Штатовъ, гдѣ стоитъ его домикъ, обращенный въ музей.

29-го сентября состоялся оффиціальный пріемъ делегатовъ президентомъ Тафтомъ въ „Бѣломъ домѣ“. Президентъ Тафтъ обратился къ членамъ конгресса со слѣдующею рѣчью:

„Я очень радъ привѣтствовать васъ здѣсь, радъ узнать, что движеніе, представителями котораго вы являетесь, прогрессируетъ и развивается. Со временъ Вильбефорса и Ромильи, которые реформировали варварское уголовное законодательство Англіи, со временъ Говарда и всѣхъ тѣхъ, кто признавалъ, что для преступниковъ можно найти что-либо лучшее, чѣмъ праздная и мучительная жизнь, приводящая къ скорой смерти, можно констатировать пробужденіе общаго интереса среди всѣхъ народовъ къ этому движенію.

„Иногда, посѣщая тюрьмы федеральнаго правительства Соединенныхъ Штатовъ, я считалъ, что мы сильнѣе въ теоріи, чѣмъ на практикѣ. Но я думаю, что вы найдете въ нѣкоторыхъ здѣшнихъ тюрьмахъ такія улучшенія, которыя вы одобрите. Министръ юстиціи г. Викершамъ уже удѣлилъ этому вопросу нѣкоторое вниманіе; онъ сдѣлаетъ въ предстоящихъ преніяхъ дальнѣйшія указанія и, въ свою очередь, выслушаетъ ваши цѣнныя замѣчанія, которыя вы, безъ сомнѣнія, представите. Онъ является представителемъ департамента юстиціи, но въ то же время и представителемъ совѣта помилованія, такъ какъ обѣ функціи находятся въ неразрывной связи.

„Такая организація, какъ ваша, есть доказательство развивающейся міровой цивилизаціи, въ особенности, когда можно констатировать участіе столь многихъ странъ въ дѣлѣ выработки разумнаго режима для преступниковъ. Я имѣю удовольствіе и пре-

имущество привѣтствовать васъ здѣсь, въ той странѣ, которая, какъ вашъ предсѣдатель правильно замѣтилъ, сдѣлала первые шаги къ организаціи международныхъ тюремныхъ конгрессовъ, въ лицѣ моего предшественника президента Гранта. Я надѣюсь, что вашъ съѣздъ сдѣлаетъ много для распространенія свѣдѣній о разумныхъ мѣрахъ по отношенію къ преступникамъ, и что ваши дебаты не будутъ находиться подъ вліяніемъ сантиментализма, съ одной стороны, и мстительнаго чувства, съ другой. Въ этомъ направленіи легко переступить границы. Если мы сдѣлаемъ наши тюрьмы слишкомъ комфортабельными, это будетъ создавать мотивъ для нарушенія закона и извратитъ правильное предназначеніе тюрьмы. Съ другой стороны, неправильно соединять въ нихъ закоренѣлыхъ преступниковъ вмѣстѣ съ тѣми, кто можетъ быть еще спасенъ отъ преступности, ибо такимъ путемъ мы не сокращаемъ, а увеличиваемъ преступность. Я надѣюсь, что вы признаете Вашингтонъ удобнымъ и пріятнымъ мѣстомъ для вашихъ засѣданій и по окончаніи ихъ вы покинете нашу страну съ сознаніемъ, что ваши занятія принесли пользу не только вамъ самимъ, но и всему человѣчеству".

Затѣмъ, проф. Гендерсонъ представилъ президенту всѣхъ делегатовъ, которые обмѣнялись традиціоннымъ рукопожатіемъ съ президентомъ.

II.

Научная дѣятельность въ Вашингтонѣ не ограничивалась только международнымъ пенитенціарнымъ конгрессомъ. Пользуясь присутствіемъ здѣсь делегатовъ со всѣхъ частей свѣта, различныя организаціи, цѣли которыхъ были родственны задачамъ этого конгресса, устроили также свои съѣзды въ Вашингтонѣ къ этому времени. Такъ, передъ открытіемъ конгресса, въ періодъ отъ 29 сентября до 2 октября состоялись годовые съѣзды Американской тюремной ассоціаціи и Американскаго института уголовнаго права, на которыхъ могли присутствовать также иностранные члены. Непосредственно послѣ съѣзда (10—16 октября) происходила международная сессія Американской гуманитарной ассоціаціи (American Humane Association), близко интересующейся вопросами юридической охраны дѣтей, къ участію въ которой были приглашены многіе члены международнаго тюремнаго конгресса.

Американской тюремной ассоціаціи во многомъ обязаны

своимъ существованіемъ и международные конгрессы. Она образовалась въ 1870 г. и на первомъ своемъ съѣздѣ въ Цинцинати, ровно сорокъ лѣтъ тому назадъ (12—18 октября 1870 г.), приняла подробную декларацію принциповъ тюремной науки, составленную организаціоннымъ комитетомъ, душою котораго былъ д-ръ E. C. Wines. Этотъ съѣздъ предпринялъ и первые шаги къ созыву международнаго конгресса. Д-ръ Вайнсъ принялъ на себя иниціативу обращенія къ европейскимъ правительствамъ, чрезъ посредство президента Гранта, и усилія его увѣнчались успѣхомъ. Лѣтомъ 1872 г. въ Лондонѣ, какъ извѣстно, былъ созванъ первый конгрессъ, и этотъ конгрессъ присоединился въ существенныхъ чертахъ къ той же декларации, которая была принята американскимъ конгрессомъ въ Цинцинати. Такимъ образомъ американскіе тюрьмовѣды явились иниціаторами и духовными отцами международнаго движенія въ пользу тюремныхъ реформъ.

Просуществовавъ нѣкоторое время, американская ассоціація временно прекратила свое существованіе, но затѣмъ возродилась въ 1897 г. снова, уже въ болѣе широкомъ объемѣ, объединивъ въ своемъ составѣ не только представителей Соединенныхъ Штатовъ, но и делегатовъ Канады, Мексики и Кубы. Въ настоящее время она насчитываетъ болѣе 500 членовъ, принадлежащихъ къ тюремнымъ дѣятелямъ, судьямъ, адвокатамъ, врачамъ, общественнымъ дѣятелямъ. Съѣзды ея происходятъ ежегодно. Въ 1903 г. на съѣздѣ въ Луисвиллѣ эта ассоціація постановила пригласить международный тюремный съѣздъ собраться въ 1910 г. въ Соединенныхъ Штатахъ. Это предложеніе, одобренное американскимъ конгрессомъ, встрѣтило живой откликъ въ Европѣ. Американскіе сочлены ассоціаціи являлись такимъ образомъ хозяевами, которые проявляли самое любезное гостепріимство къ своимъ гостямъ.

Любопытнымъ явился отчетъ *комиссіи о мѣрахъ предупрежденія и системѣ испытанія.*

Наибольшій интересъ представляло засѣданіе Американской ассоціаціи совмѣстно съ международнымъ конгрессомъ, имѣвшее мѣсто 1 октября. На этомъ засѣданіи выступили съ рѣчами наиболѣе заслуженные дѣятели тюремной реформы, и потому мы позволимъ себѣ остановиться на немъ подробнѣе.

Первымъ говорилъ почтенный дѣятель тюремной реформы Z. R. Brockway. Онъ указывалъ, что современная практика стремится сдѣлать изъ тюрьмы „моральный ортопедическій институтъ“, мѣсто, гдѣ примѣняются различныя мѣры противъ антисоціальной

бациллы преступности. Работа современнаго пенолога выражается въ борьбѣ съ таинственными силами, порождающими преступность. Для противодѣйствія имъ нужно дѣйствовать черезъ самого преступника, пробуждая въ немъ различные стимулы исправленія, Задача тюремной науки состоитъ въ энергичномъ примѣненіи слѣдующихъ средствъ: физическаго обновленія и развитія, ручного труда, технической подготовки, расширенія умственнаго горизонта знаніями и внушенія привычки къ моральной сдержкѣ. Закончилъ свою рѣчь Броквей указаніемъ той роли, которую должны играть въ этой системѣ неопредѣленные приговоры.

Престарѣлый секретарь международныхъ конгрессовъ, почтенный д-ръ Гильомъ, посвятилъ свою рѣчь обзору участія американцевъ въ международныхъ конгрессахъ. Изъ американскихъ дѣятелей, участвовавшихъ въ Лондонскомъ конгрессѣ 1872 г., живы только: д-ръ F. H. Wines, Z. R. Brockway и R. Sanborn. Первые двое присутствуютъ здѣсь. Третьему болѣзнь помѣшала явиться лично. Они своими высокими принципами, выработанными на конгрессѣ въ Цинциннати, создали научную базу для дѣятельности съѣздовъ. На конгрессѣ въ Лондонѣ участвовали 82 американца и они сильно наложили свою печать на работы конгресса. Здѣсь всеобщее вниманіе вызвала система прогрессивной классификаціи заключенныхъ, предложенная Вальтеромъ Крофтономъ. Вслѣдъ за Лондонскимъ конгрессомъ создалась комиссія изъ 9 членовъ, подъ предсѣдательствомъ Вайнса, которая скоро превратилась въ оффиціальную пенитенціарную комиссію. Д-ръ Вайнсъ активно участвовалъ въ слѣдующемъ Стокгольмскомъ конгрессѣ, и здѣсь впервые онъ говорилъ о неопредѣленныхъ приговорахъ. Кромѣ того, къ этому были представлены доклады отдѣльными членами-американцами: о тѣлесныхъ наказаніяхъ, о пенсильванской системѣ, объ исправительныхъ заведеніяхъ. Такое же близкое участіе приняли американцы своими докладами и на Петербургскомъ и Парижскомъ конгрессахъ. Съ Парижскаго конгресса въ качествѣ представителя Соединенныхъ Штатовъ въ международной комиссіи появляется д-ръ Барровсъ, который затѣмъ работаетъ весьма активно, представляя цѣлыя монографіи о реформаторіяхъ, о судахъ для несовершеннолѣтнихъ, о системѣ испытанія, широко распространяющія американскія идеи. Онъ первый подалъ мысль о созывѣ международнаго конгресса въ Америкѣ. Д-ръ Гильомъ затѣмъ говорилъ о томъ паломничествѣ, которое совершили европейскіе тюрьмовѣды въ Америку, эту святую землю міровой филантропіи, и о томъ

осуществленіи идей конгресса Цинциннати, которое пришлось увидѣть делегатамъ здѣсь, въ особенности въ области борьбы съ преступностью дѣтей.

Другой ветеранъ, имя котораго особенно популярно въ Америкѣ, Mc Claughry, старѣйшій изъ всѣхъ начальниковъ американскихъ тюремъ, ограничился краткимъ, но содержательнымъ привѣтствіемъ.

„Когда былъ установленъ первый телеграфный проводъ между Вашингтономъ и Балтиморой"—сказалъ онъ—„то первая посланная по нему телеграмма гласила: что новаго послалъ Богъ?

„Этотъ вопросъ часто задается каждымъ изъ насъ, и я позволю себѣ въ нѣсколькихъ словахъ отвѣтить на него здѣсь, въ присутствіи этого высокаго собранія американскихъ и европейскихъ делегатовъ.

„Изъ всѣхъ тѣхъ, которые участвовали въ организаціи американской тюремной ассоціаціи, остался одинъ, находящійся среди насъ З. Броквэй. Эта организація развивалась за 40 лѣтъ параллельно съ развитіемъ цивилизаціи и образованія.

„Она раскинула свои вѣтви во всѣ страны, и сегодня люди науки отовсюду собрались по ея приглашенію. Мы полагаемъ, что и теперь, какъ и прежде, съ преступностью слѣдуетъ бороться энергично и рѣшительно, что суды должны быть скорыми. Предупрежденіе и попеченіе вполнѣ совмѣстимы съ этой энергичной борьбой. Мы знаемъ, что каждый индивидъ долженъ быть изучаемъ въ его индивидуальности; что гигіена и чистота тюремъ необходимы для реформы; мы убѣждены, что наказаніе должно существовать, хотя превенція является болѣе важной. Мы знаемъ также, что люди не могутъ быть исправляемы въ массѣ, но индивидуально. Я процитирую въ заключеніе мнѣніе одного изъ англійскихъ парламентаріевъ: «Отношеніе общества къ преступнику есть одинъ изъ знаменательныхъ симптомовъ цивилизаціи страны. Уваженіе къ правамъ обвиняемаго и осужденнаго, желаніе сдѣлать лицъ, отбывающихъ наказаніе, полезными для общества, вѣра въ то, что въ душѣ каждаго таится сокровище, — все это свидѣтельствуетъ о силѣ и моральной цѣнности націи".

Затѣмъ сказалъ нѣсколько краткихъ, но глубоко прочувствованныхъ словъ о единеніи права и любви сынъ основателя международныхъ конгрессовъ д-ръ F. H. Wines.

„Напрасно смывать грязь съ поверхности чаши или блюда, говорилъ Wines, если мы не проникнемъ внутрь, не достигнемъ

сердца и души, сознанія тѣхъ, надъ исправленіемъ кого мы трудимся. Исправленіе не можетъ начаться съ центра. Необходимо сначала работать надъ тѣломъ, чтобы добраться до души. Можетъ быть, полезно просвѣтить умъ прежде, чѣмъ открыть душу, но во всякомъ случаѣ исправленіе не окончено до тѣхъ поръ, пока намъ не удалось достичь и возродить душу милостью Всемогущаго. Искупленіе человѣка можетъ быть достигнуто только силою любви. Мы должны сочетать законъ съ любовью. Любовь безъ права это униженіе, право безъ любви — жестокость. Я молю, чтобы оба они повліяли на ваши мысли и на ваши дѣйствія, послѣ того какъ мы разойдемся, окончивъ сегодняшнее собраніе. Я скажу про любовь и законъ словами Христа: Кого Господь соединилъ, человѣкъ да не разъединяетъ".

Наиболѣе содержательной являлась рѣчь предсѣдателя англійской тюремной комиссіи талантливаго Evelyn Ruggees-Brise, которую мы приводимъ цѣликомъ, такъ какъ она хорошо отмѣчаетъ точку зрѣнія европейцевъ на американскія учрежденія.

„Мнѣ хотѣлось бы" — говорилъ онъ — „подѣлиться съ вами нѣкоторыми размышленіями, сдѣланными во время экскурсіи, когда я находился въ близкомъ общеніи съ серьезными и преданными поборниками тюремной реформы. Для меня явилось откровеніемъ то количество гуманныхъ усилій и благотворительности, которое тратится въ Соединенныхъ Штатахъ на дѣло возрожденія преступниковъ. Это не есть „гуманность подъ личиной слабыхъ чувствъ и жалости, а сильная, активная и аггрессивная гуманность, которая подобна героямъ, поражающимъ чудовища" (слова Джона Морлея изъ „Жизни Вольтера"). Тѣ чудовища, которыя мы желаемъ поразить, каждый у себя, суть дурныя тюрьмы, дурные законы, дурной судъ. Кромѣ этой гуманности, американцы обладаютъ замѣчательной вѣрой въ возможность возрожденія преступника. Эта вѣра имѣетъ религіозные и политическіе корни. Это духъ добраго самаритянина, это духъ гражданственности, стремящійся вернуть обществу гражданина, котораго оно цѣнитъ. Такая вѣра, подкрѣпленная обоими факторами, представляетъ собою громадную силу, истинное значеніе которой проявляется во всѣхъ американскихъ методахъ.

„Посѣщеніе представителями Стараго Свѣта новой страны съ тѣмъ, чтобы научиться новымъ методамъ, является историческимъ фактомъ, который отмѣтитъ собою эпоху въ области человѣческой мысли и отношенія ея къ преступникамъ. Здѣсь представляется

случай установить равновѣсіе между Европой, слишкомъ тѣсно примыкающей къ такъ называемой классической школѣ, и Америкой, слишкомъ рѣзко порвавшей съ традиціями. Одинъ міръ здѣсь долженъ уравновѣсить увлеченія другого, и должно быть достигнуто равновѣсіе во всѣхъ странахъ по вопросу о цѣляхъ и смыслѣ наказанія.

«Готова ли Америка принять старую европейскую формулу о томъ, что наказаніе должно быть возмезднымъ, устрашительнымъ и исправительнымъ? Подъ *возмездностью наказанія* (retributory) я разумѣю не вульгарный инстинктъ мести или личной вражды, но сознаніе необходимости возстановленія права и наказанія, которое могло бы отвратить виновнаго отъ анти-соціальныхъ поступковъ. Подъ *исправительностью* наказанія я понимаю аксіому современной пенологіи, гласящую, что заключенный имѣетъ права, которыя должны соблюдаться, и что не слѣдуетъ щадить никакихъ усилій для того, чтобы сдѣлать его лучшимъ и болѣе разумнымъ членомъ общества. Въ средѣ нѣкоторыхъ писателей, повидимому, находитъ себѣ распространеніе мнѣніе, что историческій порядокъ этихъ цѣлей наказанія долженъ быть обратнымъ и что цѣлью наказанія должно быть почти исключительно исправленіе, въ возможно меньшей степени устрашеніе, и совсѣмъ должно отсутствовать возмездіе. Если кто либо здѣсь еще не вполнѣ установилъ равновѣсіе этихъ трехъ цѣлей, то я позволю себѣ обратить его вниманіе на статью проф. Грина, помѣщенную въ первомъ выпускѣ „Американскаго журнала уголовнаго права“. Новый Свѣтъ, повидимому, также цѣнитъ мысли этого глубокаго философа прошлаго вѣка, какъ и представители Стараго. Только сохраняя установленное выше равновѣсіе, мы можемъ слѣдовать совѣту, данному намъ президентомъ Соединенныхъ Штатовъ во время пріема, и занять среднее мѣсто между разслабленнымъ чувствомъ сантиментализма, съ одной стороны, и возмездіемъ, съ другой.

„Затѣмъ я позволю себѣ остановиться на неопредѣленныхъ приговорахъ и условномъ досрочномъ освобожденіи. Можемъ ли мы согласиться съ тою ролью, которую удѣляютъ эти мѣры въ будущемъ судебной и административной власти? Можетъ ли быть согласовано уваженіе къ судьямъ съ вмѣшательствомъ несудебныхъ властей въ опредѣленіе наказанія? Здѣсь открывается обширное поле для споровъ и борьбы, и, вѣроятно, Европа не согласится пойти такъ далеко, какъ то сдѣлала Америка въ этомъ направленіи.

„Мой третій вопросъ касается желательности для Америки принять ту систему, которая позволяетъ установить результаты дѣйствія всякой мѣры, другими словами, систему статистики тюремныхъ учрежденій и преступности, какъ то сдѣлано уже давно въ Европѣ.

„Далѣе, для возможности сравненія обѣихъ системъ въ болѣе полномъ объемѣ, желательно, чтобы Америка послѣдовала примѣру Европы и приняла тотъ принципъ, по которому государству присвоены высшіе авторитетъ и власть надъ карательными учрежденіями, въ области какъ серьезной, такъ и мелкой преступности. Въ Англіи мы занимаемся больше мелкой преступностью, чѣмъ преступностью серьезной. Насъ интересуютъ тѣ сотни тысячъ, которые проходятъ чрезъ наши мѣстныя тюрьмы за мелкіе проступки, отбывая краткосрочныя наказанія. Въ интересахъ рѣшенія этой проблемы нашъ министръ Черчиль дѣлаетъ теперь серьезныя усилія. Рѣшеніе этой проблемы слѣдуетъ искать въ классификаціи и дифференціаціи. Не слѣдуетъ примѣнять грубое средство тюремнаго заключенія на краткіе сроки въ качествѣ панацеи противъ всевозможныхъ нарушеній порядка. Нужно раздѣлить на группы бродягъ, пьяницъ, дефективныхъ, и создать для нихъ спеціальныя учрежденія. Можетъ ли Америка помочь намъ при рѣшеніи этой проблемы? Я думаю, что нѣтъ, — до тѣхъ поръ, пока не будетъ признано, что обвиняемый, ожидающій суда, и мелкій преступникъ должны столь же интересовать государство и составлять для него предметъ такой же заботы, какъ и тотъ, кто находится подъ дѣйствіемъ неопредѣленныхъ приговоровъ и по отношенію къ кому вы затрачиваете столько мысли, труда и денегъ въ вашихъ государственныхъ тюрьмахъ и реформаторіяхъ. Я искренне вѣрю, что это соединенное собраніе Американской ассоціаціи и Тюремнаго конгресса поведетъ къ признанію, что хорошая тюремная система должна разумно бороться съ преступностью въ ея цѣломъ, а не въ части, и что мелкіе преступники не должны быть лишаемы попеченія государства, какъ высшаго органа, вѣдающаго исполненіе наказанія.

„Наконецъ, господа, я думаю, что имѣется одинъ общій принципъ, изъ котораго мы можемъ исходить въ нашихъ общихъ дѣйствіяхъ и который можно назвать „индивидуальной стороной наказанія“. Въ силу его каждый осужденный долженъ быть разсматриваемъ, какъ особая нравственная личность, которая можетъ послѣ примѣненія къ ней воздѣйствій, исходящихъ отъ тюремной дисци-

плины, труда, воспитанія, нравственности и религіи, основанныхъ на хорошо развитой системѣ патроната, стать снова способной для правильной гражданской жизни. Другими словами, не существуетъ „преступнаго типа“. Ничто въ прошломъ столь не тормозило прогресса, какъ убѣжденіе, глубоко укоренившееся и широко распространенное, что преступники составляютъ особый классъ людей, отличный отъ остальныхъ, съ особою склонностью къ преступленіямъ, обусловленною особенностями тѣлосложенія и внѣшними признаками. Этотъ предразсудокъ, какъ я позволю себѣ его назвать, усилился и укрѣпился благодаря работамъ итальянской школы. Онѣ не были основаны на безпристрастномъ и точномъ наблюденіи.

„Этимъ предразсудкомъ не только былъ задержанъ прогрессъ уголовной антропологіи, но и развилось у многихъ скептическое настроеніе къ попыткамъ исправленія преступниковъ. По моему мнѣнію, установленіе такого соотношенія между физическими и умственными качествами человѣка покоится на заблужденіи. Я не думаю, что убійцу можно обнаружить по характеру его лба, или вора—по строенію его носа. Въ Англіи намъ приходилось за послѣдніе два года съ большими усиліями разсѣивать этотъ предразсудокъ путемъ научныхъ изслѣдованій. Мы подвергли изученію три тысячи нашихъ худшихъ каторжниковъ, виновныхъ во всяческихъ преступленіяхъ. О каждомъ изъ нихъ мы собрали и зарегистрировали не менѣе 96 признаковъ въ области измѣреній и формъ отдѣльныхъ частей тѣла, семейной исторіи, умственныхъ свойствъ и т. д. Теперь происходитъ сводка этихъ данныхъ въ лабораторіи Лондонскаго университета, подъ руководствомъ Карла Пирсона. И мы можемъ сказать, что изъ всей работы не получено никакихъ доказательствъ того, что существуетъ особый преступный типъ, какъ то утверждали Ломброзо и его ученики.

„Таковы, господа, мои замѣчанія. Я не занимаюсь критикой и не беру на себя смѣлости давать совѣты. Въ великомъ поступательномъ движеніи этого международнаго конгресса мы должны находить общую почву для работы вмѣстѣ. Мы должны понять другъ друга, ибо только при такихъ условіяхъ результаты этого великаго гуманитарнаго движенія окажутся рельными и прочными“.

Эта рѣчь Рэгльсъ-Брайса, который имѣлъ уже случай 13 лѣтъ тому назадъ знакомиться съ американскими тюремными учрежденіями и который импонировалъ своимъ авторитетомъ руководителя англійскаго тюремнаго вѣдомства, произвела большое впечатлѣніе

на американскихъ тюрьмовѣдовъ, такъ какъ указывала на главнѣшіе недостатки ихъ тюремной системы: крайнюю заброшенность и неорганизованность мѣстныхъ тюремъ, не подчиненныхъ контролю государства, и почти полное игнорированіе статистики. Она выражала собою и настроеніе многихъ делегатовъ изъ Европы. Восторженно было привѣтствовано всѣми заявленіе о томъ, что нѣтъ особаго преступнаго типа. Это—золотыя слова, говорили многіе,—которыя нужно поставить во главѣ всѣхъ работъ конгресса.

Небольшою рѣчью проф. Гендерсона окончилось это памятное засѣданіе. Американская ассоціація перелилась въ составъ международнаго съѣзда. Она сдѣлала многое, чтобы ознакомить иностранныхъ делегатовъ со своими условіями. Наиболѣе крупное дѣло она приберегла къ концу. Я имѣю въ виду прекрасно составленную пятитомную работу объ американскихъ тюремныхъ учрежденіяхъ, изданную при участіи лучшихъ спеціалистовъ, подъ редакціей проф. Гендерсона, которая безплатно отъ лица Американской ассоціаціи была роздана иностраннымъ делегатамъ предъ началомъ международнаго конгресса.

Ознакомивъ иностранныхъ представителей со своими учрежденіями, американцы стали чутко вслушиваться въ ту критику, которая должна была быть представлена по поводу нихъ на международномъ конгрессѣ, въ программу коего былъ поставленъ рядъ „американскихъ идей“.

Здѣсь будетъ умѣстно, пожалуй, сказать нѣсколько словъ и относительно съѣзда American Humane Association, хотя онъ состоялся послѣ международнаго тюремнаго конгресса. Эта ассоціація объединяетъ собою болѣе 1500 американскихъ обществъ борьбы съ жестокимъ обращеніемъ съ дѣтьми и животными. Движеніе въ пользу этого, начавшееся въ Америкѣ съ 1866 г., по иниціативѣ H. Bergh, скоро обратилось въ настоящій крестовый походъ. По статистикѣ за 1908 г., этими обществами была оказана помощь 166.264 дѣтямъ и 762.904 животнымъ; въ 32.094 случаяхъ противъ виновныхъ были возбуждены уголовныя преслѣдованія; ежегодный расходъ этихъ обществъ выражается въ суммѣ до 2.000.000 рублей. Они содержатъ до 1000 платныхъ агентовъ. Такое громадное развитіе вызвало потребность въ объединеніи. Съ 1877 г. начинается объединеніе этихъ обществъ по отдѣльнымъ штатамъ, а съ 1903 г. возникаетъ и общая American Humane

Association, объединившая мѣстные центры. Эта ассоціація, на ряду съ благотворительными цѣлями и соціальными цѣлями пропаганды, ставитъ своею задачей выработку и обсужденіе законовъ относительно защиты и попеченія о дѣтяхъ. Понятно, поэтому, что участіе представителей гуманитарнаго направленія въ юриспруденціи и спеціалистовъ въ области изученія дѣтской преступности, съѣхавшихся на международный конгрессъ, являлось весьма желательнымъ для ассоціаціи, и она пріурочила первый свой международный съѣздъ къ этому моменту.

Занятія ассоціаціи были распредѣлены такъ, что первые два дня были исключительно заняты вопросами о юридической охранѣ дѣтей. По этимъ вопросамъ были представлены слѣдующіе моменты.

Hurley. Отношеніе Гуманитарной Ассоціаціи къ судамъ для несовершеннолѣтнихъ.

Th. D. Flynn. Факторы дѣтской преступности.

W. *De Lacy.* Дѣйствительное значеніе судовъ для несовершеннолѣтнихъ и ихъ результаты.

H. Briggs. Исправляются ли юные преступники въ реформаторіяхъ?

J. Wilkin. Отвѣтственность родителей и суды для несовершеннолѣтняхъ.

J. Lindsay. Новѣйшій прогрессъ въ области законодательства о дѣтяхъ.

A. Towne. Обязанности государства по опекѣ надъ дѣтьми, и т. д.

Были представлены также многочисленные доклады о положеніи судовъ и исправительныхъ заведеній для дѣтей въ Италіи (A. Doria), Ирландіи (R. Barrett), Россіи (Н. Ф. Лучинскій), Франціи (le Gayte), Индіи (J. Coldron), Австраліи (Mc Connell), Канадѣ (J. J. Kelso). Автору настоящей статьи пришлось ознакомить съѣздъ съ первыми опытами суда для несовершеннолѣтнихъ въ Россіи.

Дебаты, въ которыхъ участвовало много очень интересныхъ ораторовъ, хорошо освѣтили положеніе вопроса о защитѣ дѣтей въ различныхъ уголкахъ земного шара. Очень интересной являлась выставка, устроенная при съѣздѣ, на которой были сосредоточены въ наглядныхъ діаграммахъ результаты дѣятельности обществъ, агитаціонная литература, описаніе наиболѣе характерныхъ случаевъ защиты, коллекціи орудій истязанія, фотографій и т. д.

Съѣздъ Американской гуманитарной ассоціаціи какъ бы дополнялъ тотъ аккордъ гуманныхъ идей, который безпрерывно звучалъ въ работахъ Вашингтонскихъ контрессовъ.

III.

Засѣданія международнаго тюремнаго конгресса начались съ 2-го октября; они происходили въ зданіи Союза американскихъ республикъ, недавно отстроеннаго въ венеціанскомъ стилѣ на средства Андрю Карнеги и предназначеннаго объединять американскія государства въ служеніи панамериканской идеѣ. Рѣдко приходилось встрѣчать вмѣстѣ столь разноплеменное общество, какъ то, какое собралось для участія въ этомъ конгрессѣ. Помимо 18 государствъ, имѣющихъ своихъ оффиціальныхъ представителей въ пенитенціарной коммиссіи, прислали своихъ оффиціальныхъ и неоффиціальныхъ делегатовъ, изъ американскихъ странъ: Аргентина, Колумбія, Чили, Экуадоръ, Гватемала, Гаити, Гондурасъ, Мексика, Сальвадоръ; изъ Африки пріѣхали представители Туниса, Египта и Либеріи; изъ Азіи—представители Китая, Японіи, Сіама, Турціи; изъ Австраліи — представители Новаго Южнаго Уэльса, Новой Зеландіи, Квинсленда. 24 американскихъ штата и рядъ штатовъ Канады были представлены своими делегатами [1]). Все это общество, представлявшее собою болѣе $^3/_4$ всего земного шара и около 45 государствъ, непринужденно смѣшавшись другъ съ другомъ, объяснялось на своеобразномъ волапюкѣ, составленномъ по преимуществу изъ англійскихъ словъ.

Эти люди разной культуры и разныхъ характеровъ, тѣмъ не менѣе, быстро нашли общую почву работы и сумѣли опредѣленно высказаться. Работа переводчиковъ порою казалась непосильной, такъ какъ сплошь и рядомъ приходилось выражать мысли въ переводѣ на три языка: англійскій, французскій, нѣмецкій, къ которымъ порою присоединялся еще испанскій. Но все-таки трудности были преодолѣны, и по каждому вопросу были вынесены подробныя резолюціи. Правда, въ виду такой сложности, пришлось почти совсѣмъ отказаться отъ преній на общихъ собраніяхъ, ибо пятиминутная рѣчь стоила собранію четверти часа. И только говорли-

[1]) Отъ Россіи на этомъ съѣздѣ участвовали: начальникъ Главнаго Тюремнаго Управленія С. С. Хрулевъ, редакторъ журнала „Тюремный Вѣстникъ“ Н. Ф. Лучинскій, московскій тюремный врачъ Н. Н. Лебедевъ, прис. пов. А. С. Гольденвейзеръ и авторъ настоящаго доклада.

вые итальянскіе делегаты рисковали иногда, вспоминая прежніе конгрессы, здѣсь выступать съ каѳедры. Такая молчаливость общихъ собраній составляла предметъ изумленія американцевъ, которые всегда считаютъ своимъ долгомъ, по возможности, лишній разъ выступить передъ собраніемъ. За то обсужденіе въ секціяхъ было очень горячимъ; здѣсь стирались условныя перегородки языковъ; французскій, англійскій и порою нѣмецкій языки переплетались въ самыхъ прихотливыхъ сочетаніяхъ; переводить было некогда, и самые смѣлые бойцы порою замолкали, въ случаѣ незнанія какого-либо изъ этихъ языковъ. Аккуратно переводились только резолюціи передъ ихъ голосованіемъ. Внутренняя борьба языковъ отражалась и на борьбѣ идей. При обсужденіи, напр., неопредѣленныхъ приговоровъ горячіе представители романскихъ странъ, сгруппировавшіеся въ первой секціи, водрузили было знамя французскаго языка въ преніяхъ, и побѣда склонялась въ сторону противниковъ неопредѣленныхъ приговоровъ, но американцы потребовали перевода преній на англійскій языкъ, и борьба закончилась побѣдой сторонниковъ этой мѣры. Въ этой борьбѣ языковъ, кромѣ американцевъ, которые, впрочемъ, воздерживались отъ особенно активнаго участія, справедливо предоставляя его своимъ гостямъ, страдали особенно французы, которые не хотѣли знать другихъ языковъ, кромѣ своего національнаго, и потому потеряли надежду на то, чтобы оказаться побѣдителями, какъ то обыкновенно бывало на прежнихъ тюремныхъ конгрессахъ. Наоборотъ, блестяще дѣйствовала многочисленная голландская делегація благодаря своему знанію различныхъ языковъ.

Засѣданія конгресса тянулись со второго до восьмого октября, но послѣдніе два дня были посвящены уже экскурсіямъ и осмотрамъ. Собственно, въ четыре дня удалось справиться съ обильной работой, потребовавшей за это время значительнаго напряженія.

Перваго октября всѣ члены конгресса присутствовали на воскресномъ богослуженіи въ New York Avenue Presbyterian Church, гдѣ rev. Radcliff'омъ была произнесена проповѣдь, посвященная соотношенію гуманности и наказаній.

Второго октября днемъ состоялось торжественное открытіе конгресса. Первое слово принадлежало министру юстиціи Соединенныхъ Штатовъ m-r Wickersham, который отъ имени американскаго правительства обратился къ присутствующимъ со слѣдующей рѣчью:

„М. Г. Я имѣю привилегію и удовольствіе отъ имени прези-

дента Соединенныхъ Штатовъ привѣтствовать ваше прибытіе въ нашу страну и въ нашу столицу.

„Хотя первое предложеніе созыва международнаго конгресса для обсужденія пенитенціарныхъ и исправительныхъ вопросовъ исходило отъ правительства Соединенныхъ Штатовъ, тѣмъ не менѣе этотъ восьмой конгрессъ является первымъ, происходящимъ въ этой странѣ. Поэтому съ особеннымъ удовольствіемъ я встрѣчаю васъ здѣсь, согласно приглашенію президента, одобренному обѣими палатами Конгресса 3 мая 1905 года.

„Цѣль перваго тюремнаго конгресса была формулирована слѣдующимъ образомъ:

„Собраніе надежной статистики по тюремнымъ вопросамъ; сосредоточеніе свѣдѣній и обмѣнъ опытомъ относительно дѣйствія различныхъ тюремныхъ системъ и результатовъ различныхъ уголовныхъ законовъ; сравненіе предупредительнаго дѣйствія различныхъ формъ наказанія, режима и методовъ, принимаемыхъ для репрессіи и предупрежденія преступности".

„Это краткое, но содержательное изложеніе задачъ перваго конгресса сохраняетъ свое значеніе и для послѣдующихъ съѣздовъ. Важность обмѣна мыслями и знаніями, имѣвшаго мѣсто на этихъ съѣздахъ, едва ли можетъ быть преувеличена. Главнымъ образомъ посредствомъ такого публичнаго обсужденія и высказанныхъ здѣсь просвѣщенныхъ идей вырабатывается законодательство и пріобрѣтаютъ практическую силу законы.

„Большая перемѣна произошла въ отношеніи цивилизованныхъ странъ къ задачамъ предупрежденія и покаранія преступленія съ того времени, когда авторъ книги, озаглавленной „Мысли объ исполненіи правосудія въ отношеніи къ нашимъ уголовнымъ законамъ, особенно въ выѣздныхъ сессіяхъ", опубликованной въ Лондонѣ въ 1875 г., писалъ:

„Что же касается до суровыхъ нашихъ законовъ, то всѣ они оказывали весьма благотворное вліяніе; съ помощью ихъ тѣ грубые умы, противъ которыхъ эта суровость была направлена, удерживались отъ учиненія тѣхъ посягательствъ и злодѣяній, противъ которыхъ возставали и боролись наши законы".

„Характеръ „этихъ благодѣтельныхъ законовъ" ярко обрисованъ былъ Блэкстономъ, когда онъ писалъ: „среди различныхъ дѣйствій, которыя могутъ быть каждый день учинены людьми, не менѣе чѣмъ 160 объявлены актомъ парламента тяжкими престу-

пленіями, влекущими смертную казнь, безъ всякаго смягченія т. е. почти немедленно".

„Правда, уже въ 1785 г. взгляды автора „Мыслей объ исполненіи правосудія", изложенные очевидно въ руководство мировымъ судьямъ для примѣненія драконовскихъ уголовныхъ законовъ, существовавшихъ тогда въ Великобританіи, не раздѣлялись большинствомъ судей Англіи. Такъ, Вильямъ Блэкстонъ незадолго до этого писалъ въ своихъ Комментаріяхъ:

„Въ общемъ мы замѣчаемъ, что чрезмѣрно суровыя наказанія, въ особенности когда они назначаются безъ разбора, менѣе способны предупреждать преступленія и улучшать нравы народа, чѣмъ наказанія болѣе мягкія, назначаемыя въ соотвѣтствіи съ тяжестью вины... Множество кровавыхъ законовъ (не говоря уже о возможности сомнѣнія въ правѣ изданія ихъ) доказываютъ или явный недостатокъ мудрости у законодателя, или отсутствіе силы у исполнительной власти. Это признакъ шатанія (quakery) правительства и доказываетъ отсутствіе надлежащаго умѣнія, когда одно и то же средство — ultimum supplicium — примѣняется въ каждомъ затруднительномъ случаѣ" (vol. 4, p. 16—18).

„Человѣческіе законы по необходимости имѣютъ дѣло съ отношеніемъ людей къ организованному общежитію. Правительство интересуется взаимными отношеніями людей лишь постольку, поскольку они затрагиваютъ общеніе, и главная задача всего уголовнаго законодательства должна состоять въ обезпеченіи соблюденія всѣми тѣхъ законовъ, которые организованное общество устанавливаетъ для своего управленія. Наказанія санкціонируютъ обязательность предъявляемыхъ къ людямъ требованій.

„Даже такой суровый авторъ, какъ составитель „Мыслей объ исполненіи правосудія", утверждалъ, что „предупрежденіе преступленій является великою задачей всей законодательной суровости; проявляя примѣрную строгость, мы только отвращаемъ другихъ отъ преступленія и такимъ образомъ содѣйствуемъ великой цѣли предупрежденія". И Блэкстонъ говорилъ, что „конечной цѣлью каждаго наказанія является не покараніе и не искупленіе за учиненное преступленіе, ибо это должно быть оставлено справедливому суду Божества, но предупрежденіе будущихъ преступленій того же рода" (тамъ же, стр. 11).

„Полная непригодность варварскихъ кодексовъ восемнадцатаго вѣка для достиженія этой задачи предупрежденія преступленій прежде всего стала ясной для такихъ глубокихъ ученыхъ, какъ

Беккарія, Говардъ и Бентамъ. Обнаруженіе условій тюремнаго заключенія и проистекающихъ отъ него губительныхъ результатовъ, сдѣланное Говардомъ и позднѣе Елизаветой Фрей, привели къ парламентскимъ анкетамъ и къ реформамъ. Послѣ тщательнаго изученія предмета, пришли къ убѣжденію, что одинъ только примѣръ послѣдствій преступленія является недостаточнымъ средствомъ обезпечить повиновеніе закону, если преступникъ, отбывъ свое наказаніе, возвращается въ общество, лишенный правъ, и когда двери Надежды и Милосердія для него закрыты навсегда. Поэтому современое законодательство стремится предупреждать не простымъ примѣромъ для прочихъ преступниковъ, но посредствомъ убѣжденія виновнаго въ разумности повиновенія закону и посредствомъ возвращенія его въ общество въ качествѣ полезнаго сочлена, могущаго жить въ согласіи съ закономъ.

„На первомъ международномъ тюремномъ конгрессѣ Броквэй, знаменитый нынѣ основатель Эльмайрской реформаторіи, представилъ докладъ о „заключенныхъ и ихъ исправленіи", въ которыхъ онъ утверждалъ слѣдующее безспорное положеніе:

„Культурное сознаніе теперь допускаетъ, что защита общества есть оправданіе и главная цѣль тюремнаго заключенія; что эта защита не можетъ быть въ достаточной степени гарантирована безъ реформированія преступника или постояннаго надзора за нимъ со стороны власти. Поэтому исправленіе есть непосредственная цѣль, къ которой слѣдуетъ стремиться".

„Послѣдующіе конгрессы сдѣлали многое для улучшенія условій карательныхъ учрежденій во многихъ странахъ и для руководства просвѣщеннымъ и гуманнымъ чувствомъ, лишеннымъ сантиментальности, въ области преступленія и наказанія. Ни въ одной области эта работа предупрежденія преступленій не можетъ принести столь богатыхъ плодовъ; ни въ одной области она не давала столь отрадныхъ результатовъ, какъ въ области борьбы съ преступностью малолѣтнихъ. Люди вообще являются продуктомъ ихъ среды, и современное законодательство, признавая эту истину, энергично занялось отысканіемъ средствъ спасенія юношества отъ такой обстановки, которая почти неизбѣжно толкала ихъ на путь преступленій. Примѣръ ужасныхъ послѣдствій учиненія преступленія, какъ средство устрашенія для другихъ, конечно, занимаетъ опредѣленное мѣсто въ соображеніяхъ о соблюденіи закона, но исправленіе преступника и энергичныя, мощныя усилія, направленныя къ этому исправленію, должны занимать, какъ то и

признается теперь, наиболѣе важное мѣсто въ умахъ тѣхъ, которымъ ввѣрено изданіе и исполненіе законовъ.

„Принимая приглашеніе президента Соединенныхъ Штатовъ собраться на восьмой конгрессъ въ этой странѣ, вашъ предсѣдатель и секретарь въ слѣдующихъ словахъ выразили отношеніе нашего отечества къ конгрессу:

„Страна, которая гостепріимно приглашаетъ международный тюремный конгрессъ, не только собираетъ, какъ гостепріимный хозяинъ, со всего свѣта всѣхъ тѣхъ, кто заинтересованъ борьбой съ преступностью, но въ то же самое время предлагаетъ всѣмъ интересующимся этой важной проблемой посмотрѣть, что ею было осуществлено въ области реформъ».

„Я позволю себѣ поэтому обратить ваше вниманіе на прогрессъ, достигнутый федеральнымъ правительствомъ со времени послѣдняго конгресса. Принятіе Конгрессомъ въ мартѣ 1909 г. пересмотрѣннаго уголовнаго кодекса Соединенныхъ Штатовъ, систематизирующаго и упрощающаго законодательство о преступленіяхъ противъ федеральнаго правительства, знаменуетъ важный шагъ въ направленіи опредѣленности уголовныхъ законовъ. Законы страны, при господствѣ презумпціи объ ихъ общеизвѣстности, не должны становиться колодцемъ, въ который часто попадаютъ неосмотрительные люди. Округъ Колумбія, въ которомъ находится столица, регулируется Конгрессомъ во всѣхъ отношеніяхъ, подобно тому какъ въ другихъ государствахъ законодательство штата касается всѣхъ сторонъ жизни. Въ прежнее время, при многочисленности общегосударственныхъ дѣлъ, занимавшихъ Конгрессъ, была склонность пренебрегать мѣстными дѣлами этого округа. Поэтому, напримѣръ, подслѣдственная тюрьма, заключающая лицъ, ждущихъ суда и отбывающихъ краткосрочныя наказанія, когда-то удовлетворявшая своему предназначенію, нынѣ стала переполненной и неудовлетворяющей современнымъ санитарнымъ условіямъ. Президентъ назначилъ комиссію для разслѣдованія мѣстъ заключенія, и въ результатѣ дѣятельности комиссіи президенту былъ представленъ отчетъ о необходимости коренной реорганизаціи тюремъ округа съ примѣненіемъ новыхъ понятій тюрьмовѣдѣнія. Съ разрѣшенія Конгресса, были куплены два обширныхъ участка земли, въ 1000 акровъ каждый, на одномъ изъ которыхъ возводится реформаторія, разсчитанная по крайней мѣрѣ на 1000 заключенныхъ, а на другомъ—работный домъ, разсчитанный на 500 человѣкъ. Эта работа въ настоящее время происходитъ,

при чемъ сооруженія возводятся руками самихъ осужденныхъ. Въ ту же самую сессію Конгрессъ принялъ для преступниковъ, присужденныхъ за преступленія противъ федеральныхъ законовъ къ заключенію въ тюрьмѣ на срокъ болѣе одного года, систему условнаго досрочнаго освобожденія, съ сокращеніемъ срока на одну треть. Тотъ же Конгрессъ издалъ законъ объ условномъ досрочномъ освобожденіи изъ исправительныхъ пріютовъ. Онъ принялъ для округа Колумбія систему условнаго попечительнаго надзора (probation), примѣняемаго подъ контролемъ высшаго суда округа на срокъ по усмотрѣнію суда.

„Эти примѣры практическаго прогресса нашего федеральнаго законодательства въ области, близкой настоящему съѣзду, могутъ представлять интересъ для него. Во время поѣздки по Соединеннымъ Штатамъ, которую вы недавно закончили, вы ознакомились съ работой нѣкоторыхъ штатовъ въ области тюремнаго дѣла. Во всей странѣ вы найдете настроеніе живого интереса, одушевляющее работниковъ, вы увидите, что общество относится къ нарушителямъ закона безъ мстительности и безъ односторонихъ пристрастій, памятуя, что:

„Не мрачный часъ, полный укорами совѣсти,

„А привычка порока, живущая въ нашей крови,

„Наложитъ на насъ печать того класса, къ которому мы принадлежимъ“.

„Современныя теоріи стремятся относиться къ преступнику со вниманіемъ и симпатіей, не забывая преступленія, но признавая слабость человѣческой натуры и возможность ея исправленія и возрожденія.

„Ваши занятія покроютъ широкую область важныхъ и интересныхъ вопросовъ, согласно программѣ, выработанной наиболѣе опытными. Одно мнѣ хотѣлось бы спеціально рекомендовать вашему вниманію: а именно необходимость систематическаго посѣщенія карательныхъ учрежденій органами, не занимающими оффиціальнаго положенія, или полуоффиціальными.

„Весь человѣческій опытъ показываетъ, что власть человѣка надъ человѣкомъ можетъ подлежать злоупотребленію, если надъ ней не создано контроля. Необходимая и благодѣтельная дисциплина карательныхъ учрежденій порою не только предоставляетъ большую возможность тираническаго поведенія со стороны тюремнаго начальства, но дѣлаетъ для заключеннаго крайне затруднительнымъ, при справедливости его жалобъ, добиться удовлетворе-

нія и даже выслушанія его жалобъ. Поэтому всѣ карательныя учрежденія, въ особенности подслѣдственныя тюрьмы, мѣста задержанія и участки, должны подлежать частнымъ визитаціямъ особыхъ комитетовъ, преимущественно неоффиціальнаго характера, въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ. Нельзя создать болѣе дѣйствительной гарантіи противъ злоупотребленій тюремнаго начальства, чѣмъ возможность во всякую минуту посѣщенія стоящей внѣ тюрьмы коммиссіей или особо уполномоченнымъ гражданиномъ карательнаго учрежденія для обозрѣнія его и для опроса какъ самихъ заключенныхъ, такъ и тюремныхъ чиновниковъ.

„Въ заключеніе я позволю себѣ указать на тотъ большой интересъ, съ какимъ президентъ будетъ прислушиваться къ вашимъ дебатамъ, и употребляя англійскую традиціонную формулу привѣтствій,—позволю себѣ выразить надежду, что ваши собесѣдованія будутъ направлены и послужатъ къ увеличенію славы Божьей, безопасности, чести и благополучія Его народа и къ тому, чтобы въ результатѣ всѣхъ вашихъ усилій все пришло въ такое положеніе и стало на такія прочныя и добрыя основанія, которыя обезпечатъ миръ и счастье, истину и справедливость, религію и благочестіе всѣмъ народамъ и на многія поколѣнія“.

Прекрасная рѣчь представителя американскаго правительства, покрытая горячими аплодисментами, явилась какъ бы призывомъ къ гуманности и къ расширенію общественнаго контроля надъ примѣненіемъ наказаній. Ему отвѣчалъ предсѣдатель Будапештскаго конгресса Rickle de Bellye въ слѣдующихъ выраженіяхъ:

„Хотя мы и являемся иностранцами въ Новомъ Свѣтѣ, но работа, которою мы заняты, и сами работники давно здѣсь извѣстны и оцѣнены. Разумное наказаніе преступленій для защиты жизни и собственности, разумное отправленіе правосудія, предупрежденіе преступленій, въ особенности чрезъ воспитаніе нравственно-заброшеннаго юношества, забота о юныхъ преступникахъ, помощь освобождаемымъ преступникамъ и многое другое въ области юридической и общественной дѣятельности, процвѣтали не только среди насъ, но широко развились и въ Новомъ Свѣтѣ. Всѣмъ хорошо извѣстно, что составленіе и редактированіе регламента Пенитенціарной комиссіи обязано высокой мудрости и настойчивости нашего предшественника, выдающагося Mr. E. C. Wines.

„Принявъ съ искренней признательностью великодушное

приглашеніе уважаемыхъ гражданъ Соединенныхъ Штатовъ и ихъ президента, мы счастливы были познакомиться съ отдѣльными штатами и ихъ соціальными условіями. Въ этой средѣ наши упорныя работы создали цѣлый рядъ благихъ учрежденій, и, съ другой стороны, въ этой средѣ обнаружилось все его значеніе, благодаря грандіозному прогрессу національной экономіи и другихъ отраслей культуры. Несмотря на окружающія насъ впечатлѣнія, наше вниманіе направляется къ эпохѣ, когда слагалась мощная организація штатовъ для великаго предназначенія. Одно имя рѣетъ надъ землями и водами, орошенными кровью титановъ, повшихъ за свободу и независимость; это имя, начертанное безсмертными буквами повсюду отъ Нью-Іорка до Аляски,—имя Георга Вашингтона. Своими качествами государственнаго человѣка, предводителя арміи, гражданина всего міра онъ обезпечилъ созданіе союза свободныхъ государствъ и положилъ основаніе обществу, сдѣлавшему столько для человѣчества. О Вашингтонѣ мы можемъ сказать, что вся Америка является его могилой. Воспоминаніе о его геніи наполняетъ наши души удивленіемъ и преклоненіемъ. Представители другихъ странъ склоняютъ здѣсь знамена предъ величіемъ Вашингтона и его достойныхъ преемниковъ—нашихъ хозяевъ".

Этотъ панегирикъ Вашингтону былъ, повидимому, отвѣтомъ на рѣчь о Кошутѣ, которую произнесъ S. Barrows въ 1905 г. въ Будапештѣ. Въ заключеніе Рикль де Белли предложилъ избрать почетными президентами конгресса министра юстиціи Викершама и Броквея, а предсѣдателя пенитенціарной комиссіи Гендерсона — активнымъ президентомъ конгресса.

Избранный предсѣдателемъ, проф. Гендерсонъ, съ большимъ воодушевленіемъ произнесъ отвѣтную рѣчь. Приводимъ ее, какъ образецъ тѣхъ многихъ горячихъ обращеній, которыя были адресуемы къ членамъ конгресса ихъ предсѣдателемъ.

„М. Г. Еще до того, какъ поблагодарить васъ за ту честь и то довѣріе, какія вы мнѣ оказали, я хочу возложить вѣнокъ хвалы на могилу моего уважаемаго и оплакиваемаго предшественника д-ра Барровса. Въ Будапештѣ вы шумно привѣтствовали его и возвели въ то положеніе, которое было завоевано его талантомъ и которое было освящено его преданностью дѣлу.

„Примите мою искреннюю благодарность за ваше любезное избраніе и за тѣ знаки довѣрія и симпатіи, которые вы проявляли ко мнѣ послѣ того, какъ эта мантія должности перешла на мои плечи.

„Въ столицѣ нашего народа, носящей имя нашего перваго великаго государственнаго дѣятеля, Вашингтона, мы обращаемъ къ вамъ наше привѣтствіе: „Добро пожаловать".

„Мы привѣтствуемъ васъ, носители правосудія и мудраго милосердія, явившіеся съ Востока и Запада въ нашу землю, восточные берега которой омываются атлантическими волнами и съ которой мы взираемъ чрезъ воды Тихаго океана на очаги наиболѣе старой культуры. Изъ странъ, насчитывающихъ милліоны, являетесь вы сюда, представители мощныхъ державъ. Изъ Азіи, носительницы легендъ о чудесныхъ цивилизаціяхъ и нынѣ живущей надеждой на возрожденіе. Изъ Африки приходите вы, піонеры современной культуры на обширномъ материкѣ, будущее котораго трудно нарисовать даже воображенію. Изъ Европы, родины новѣйшаго прогресса, высоко поднявшей факелъ знанія, перешедшій отъ древнихъ евреевъ, грековъ и римлянъ къ нашимъ предкамъ, тевтонамъ Сѣвера.

„Одна властная и повелительная цѣль созвала насъ всѣхъ сюда и господствуетъ надъ нашими мыслями. Эта цѣль состоитъ въ томъ, чтобы сдѣлать трудной дорогу противниковъ соціальнаго порядка, чтобы страхомъ сдерживать злого и непреклонной властью парализовать беззаконнаго. Но, кромѣ этого, мы исповѣдуемъ евангеліе перевоспитанія и исправленія, мы заботимся о поднятіи моральнаго уровня расы тамъ, гдѣ искушеніе является наиболѣе сильнымъ и гдѣ побѣда надъ зломъ является наиболѣе тяжелой. Мы твердо рѣшились сдѣлать пути нарушителя тяжелыми, но не безнадежными; мы хотимъ, чтобы онъ трепеталъ предъ величіемъ попраннаго имъ закона, но не хотимъ, чтобы онъ приходилъ въ отчаяніе, если онъ согласенъ принять на себя скромное бремя честнаго и полезнаго труда для общаго блага.

„Между справедливостью и милосердіемъ нѣтъ противорѣчія; нельзя назвать разумнымъ состраданіемъ предоставленіе возможности порочному человѣку идти его дурными путями, безъ всякаго препятствія. Правосудіе милосердно, когда оно лишаетъ человѣка свободы, которой онъ злоупотребляетъ, и прививаетъ ему такія привычки, которыя дадутъ ему возможность удовлетворить свои потребности соотвѣтственно съ порядкомъ, миромъ и общимъ счастіемъ. Въ наукѣ и въ филантропіи у всѣхъ насъ одна національность, одинъ разумъ. Насъ раздѣляютъ только эгоизмъ и заблужденія.

„Они служатъ лучше всего тому, кто намѣчаетъ принципы

поведенія, являющіеся мудрыми и благодѣтельными для всѣхъ народовъ, кто ведетъ насъ на спокойныя вершины, съ которыхъ не видны мелкія разногласія и заблужденія, затемняющія наше зрѣніе. Международный конгрессъ предполагаетъ единство разума, допуская въ то же время необходимость мѣстныхъ приспособленій и отклоненій въ примѣненіи общихъ принциповъ. Эти принципы служатъ также, хотя не такъ хорошо, тому, кто выражаетъ въ опредѣленныхъ чертахъ ошибочныя желанія, ибо гдѣ ложь появляется открытой, обнаженной, не замаскированной, она выглядитъ ужаснымъ чудовищемъ. Эта ложь говоритъ, что государство не имѣетъ моральныхъ обязанностей по отношенію къ своимъ врагамъ, что на немъ не лежитъ обязанности сдѣлать всѣ попытки для исправленія ихъ.

„Указывалось, что государственное правосудіе имѣетъ только одну задачу: наказывать своихъ враговъ; исправленіе же, если оно возможно, должно быть предоставлено филантропамъ и мечтателямъ. Но такое мнѣніе игнорируетъ слѣдующіе факты: 1) что только государство распоряжается тѣми силами, которыя воздѣйствуютъ на характеръ заключеннаго, 2) что только оно руководитъ его поведеніемъ и 3) что самое понятіе государства въ сущности тождественно съ понятіемъ органа общественной обязанности и воли; оно — не моральная организація, но выражаетъ нравственность населенія, которое издаетъ и исполняетъ законы его.

„Государство отвѣтственно за все то, что происходитъ съ заключеннымъ въ то время, когда онъ находится подъ его полнымъ контролемъ. Если оно выпускаетъ его искалѣченнымъ, притупленнымъ, неподготовленнымъ къ работѣ, преисполненнымъ мести, то задача филантроповъ будетъ крайне тяжела. И филантропы являются тѣми же плательщиками налоговъ, гражданами, которые должны жить вмѣстѣ съ этимъ освобожденнымъ изъ тюрьмы.

„Исторія развитія поучительна и полезна. Она указываетъ на упорное улучшеніе культурныхъ методовъ, на увеличивающуюся дѣйствительность и уменьшающуюся стоимость борьбы съ преступностью, что происходитъ главнымъ образомъ вслѣдствіе изученія проблемы въ самыхъ ея корняхъ. Мы съ благодарностью вспоминаемъ гуманизирующее вліяніе Беккаріи, этого дара Италіи, Монтескье — дара Франціи и Джона Говарда и Елизаветы Фрэй — дара Англіи.

„Но исторія кончается тамъ, гдѣ начинаются наши проблемы. Наши духовные предки завѣщали намъ не только капиталъ истинъ,

но и важные вопросы для рѣшенія. Мы еще не рѣшили ихъ. Главнымъ орудіемъ современнаго уголовнаго права до сихъ поръ является обращеніе человѣка въ рабство. Казни примѣняются рѣдко. Пытки запрещены. Медленное голоданіе незаконно. Остается только прикрѣпленіе къ мѣсту, лишеніе свободы передвиженія и выбора труда и отдыха. Дѣйствительно ли мы научно знаемъ, каковы результаты этого рабства? Предупреждаетъ ли оно повтореніе преступленій внушаемымъ имъ страхомъ? Удерживаетъ ли потенціальныхъ преступниковъ? Укрѣпляетъ ли оно характеръ и тѣмъ дѣлаетъ человѣка пригоднымъ для жизни на свободѣ? Легко возвести одно изъ этихъ положеній на степень категорическаго утвержденія. Но можно согласиться съ тѣмъ, что страхъ наказанія удерживаетъ отъ преступленія и что тюрьма иногда исправляетъ преступника. Тюрьма необходима, насколько о томъ мы можемъ теперь судить. Она сравнительно лучше, чѣмъ злоупотребленіе свободой.

„Мы, американцы, не пригласили васъ сюда, чтобы убѣдить васъ въ томъ, что нами найдено окончательное рѣшеніе этихъ проклятыхъ проблемъ уголовнаго права, тюремнаго вопроса и методовъ предупрежденія. Мы не навязываемъ вамъ, юристы стараго свѣта, нашего понятія: „неопредѣленные приговоры“. Если это названіе кажется вамъ, какъ и нѣкоторымъ изъ нашихъ юристовъ влекущимъ неопредѣленность и произволъ, беззаконнымъ и прихотливымъ, то отвергните его,—это не оскорбитъ насъ. Но пойдемте глубже этого спорнаго названія, которое порождаетъ подозрительность и враждебность, подойдемъ къ существу реформъ и начнемъ наши разсужденія на почвѣ общихъ вопросовъ.

„Можемъ ли мы извлечь изъ актовъ, докладовъ и резолюцій международнаго тюремнаго конгресса рѣшенія, которыя будутъ приняты единогласно и отъ которыхъ мы можемъ осторожно исходить въ будущемъ? Сдѣлаемъ попытку указать на такую возможность.

„1) Дѣти и подростки не должны быть посылаемы въ тюрьмы и въ общіе суды, но должны подлежать воспитанію, какъ простые нарушители права; подъ контролемъ судьи они должны быть пріучаемы къ хорошему поведенію, пока не смогутъ быть отпущенными на свободу или пока не достигнутъ совершеннолѣтія. Нельзя рѣшить апріори, долженъ ли этотъ возрастъ распространяться до 16, 17, 18 или 21 года; для рѣшенія этого необходима проба и опытъ. Для опасныхъ дѣтей и подростковъ необходимо въ извѣ-

стной степени дисциплинарное воздѣйствіе, что не противорѣчитъ установленному принципу.

„2) Всѣ страдающіе душевною болѣзнью должны быть изъяты отъ тюремнаго режима и направлены въ больницы и убѣжища, гдѣ свобода ихъ ограничивается лишь въ интересахъ защиты общества и изъ состраданія къ самому больному.

„3) По отношенію къ значительной категоріи преступниковъ, не являющихся порочными или тяжкими, можно не примѣнять тюрьмы съ ея позоромъ и вредомъ, ограничившись условнымъ осужденіемъ съ надлежащимъ надзоромъ. Этотъ способъ лучше и для плательщиковъ налоговъ, и для самого виновнаго, и для его семьи.

„Эти три мѣры должны значительно сократить число содержащихся въ тюрьмахъ преступниковъ или тѣхъ, которые къ нимъ причисляются.

„4) Мы можемъ также сойтись въ признаніи необходимости условнаго освобожденія какъ для юныхъ, такъ и для взрослыхъ Мы должны пріучать къ свободѣ постепенно. Европейское условное освобожденіе въ существѣ мало отличается отъ примѣняемой въ Америкѣ parole system.

„5) Мы можемъ всѣ согласиться относительно необходимости отмѣны краткосрочнаго лишенія свободы для тѣхъ, кто является опаснымъ для общества, т. е. для привычныхъ бродягъ и пьяницъ, для профессіональныхъ трудоспособныхъ преступниковъ, этихъ хищныхъ птицъ общества. Срокъ заключенія ихъ можетъ быть увеличиваемъ или посредствомъ дополнительнаго тюремнаго заключенія, или посредствомъ передачи преступника въ распоряженіе правительства (какъ то примѣняется въ Бельгіи по отношенію къ юнымъ преступникамъ). Мы называемъ это, можетъ быть, неправильно и неточно, неопредѣленными приговорами, но въ существѣ мы всѣ стремимся къ тому же—къ защитѣ общества и исправленію.

„Тѣ изъ насъ, которые въ юридической области являются профанами или только любителями, преклоняются съ искреннимъ уваженіемъ передъ талантами юристовъ; мы призываемъ ихъ умѣнье, эрудицію и профессіональныя знанія и, во имя патріотизма и гуманности, просимъ ихъ помощи въ составленіи и толкованіи законовъ.

„Но международный тюремный конгрессъ всегда цѣнилъ также и совѣтъ людей, имѣющихъ богатый опытъ знанія самого преступника, — тюремныхъ дѣятелей, спеціалистовъ по уголовной

антропологіи, врачей, учителей. Въ тюрьмѣ, а не на судѣ, преступникъ обнаруживаетъ свою истинную природу; здѣсь пустыя фразы закона становятся скорпіонами и пламенемъ для нервовъ и души. Мы фактически не знаемъ, что представляетъ изъ себя санкція уголовнаго закона, пока мы не примѣнимъ ея, въ ея суровости, къ человѣку.

„Мы также признаемъ важность участія въ этомъ собраніи знатоковъ соціальныхъ условій, порождающихъ преступное настроеніе, знатоковъ общественной жизни, въ которую заключенный долженъ вернуться, когда ворота тюрьмы распахнутся передъ нимъ. До суда и послѣ тюрьмы мы должны разслѣдовать окружающую среду возможныхъ и дѣйствительныхъ преступниковъ. Это—задача той секціи, которая занимается предупрежденіемъ.

„Мы цѣнимъ также участіе спеціалистовъ, изучающихъ научно вопросы о порочныхъ и заброшенныхъ дѣтяхъ, о тѣхъ учрежденіяхъ, которыя созданы для ихъ исправленія и воспитанія.

„Мы видимъ, что каждая изъ этихъ группъ спеціалистовъ должна находиться въ близкомъ сотрудничествѣ съ остальными, должна обмѣниваться взаимно мнѣніями, провѣрять свой опытъ при свѣтѣ болѣе широкаго обсужденія.

„Конечной и главной задачей уголовнаго закона является не конституціонность его, не согласіе его съ традиціями и судебными рѣшеніями, не слѣдованіе его старымъ обычаямъ. „Новыя потребности учатъ новымъ обязанностямъ; время дѣлаетъ старыя одежды неудобными“.

„Воодушевленные этими убѣжденіями, въ единеніи различныхъ націй для этихъ высокихъ цѣлей, мы начинаемъ нашу памятную работу. Стойко отстаивая свои убѣжденія, искренне стремясь къ свѣту новыхъ истинъ, внимательно относясь къ возраженіямъ, мы приступаемъ къ нашей высокой задачѣ. Впередъ! Объявляю восьмой международный тюремный конгрессъ открытымъ“.

Мы привели полностью рѣчи Викершама и Гендерсона, потому что онѣ наиболѣе ярко представляютъ собою ту равнодѣйствующую между американскими и европейскими методами борьбы съ преступностью, которую руководители конгресса пытались положить въ основаніе работъ его.

Первое засѣданіе закончилось конституированіемъ конгресса. Кромѣ указанныхъ выше избраній, вице-президентами конгресса

были избраны старшіе оффиціальные представители отдѣльныхъ странъ, а также нѣкоторые изъ американцевъ. Генеральнымъ секретаремъ конгресса избранъ былъ mr. E. R. Keedy. Кромѣ того избраны были предсѣдатели четырехъ секцій: mr. Prins, van der Aa, Ruggles-Brise и mrs. Davis.

Со слѣдующаго дня начались уже дѣловыя засѣданія, при чемъ время до полудня посвящалось работѣ секцій, а съ 3-хъ часовъ происходили общія собранія.

IV.

Первая секція, составившаяся преимущественно изъ иностранныхъ делегатовъ-юристовъ, въ числѣ которыхъ было много профессоровъ и нѣсколько начальниковъ тюремныхъ управленій, подъ предсѣдательствомъ проф. Принса, должна была обсудить три вопроса: о неопредѣленныхъ приговорахъ, о распространеніи силы иностранныхъ судебныхъ приговоровъ въ отношеніи рецидива и праволіпеній и о расширеніи понятія соучастія въ уголовномъ правѣ. Но уже первый вопросъ оказался столь спорнымъ, что занялъ собою три дневныхъ засѣданія, и остальные два вопроса пришлось рѣшить поспѣшно, въ теченіе двухъ часовъ, оставшихся въ распоряженіи секціи.

Обсужденіе вопроса о неопредѣленныхъ приговорахъ явилось центральнымъ пунктомъ всего конгресса, и всѣ относились съ большимъ вниманіемъ къ результату этого обсужденія. Рѣзкая оппозиція, которую встрѣчала эта мѣра въ Брюсселѣ въ 1900 г., заставляла и здѣсь ожидать рѣшительной битвы. Дѣйствительность не обманула ожиданій.

По этому вопросу было представлено 18 докладовъ. Изъ нихъ 5 были написаны выдающимися американскими тюрьмовѣдами—проф. S. Baldwin, E. Smith, M. Shipley, Amos W. Butler и F. H. Wines. Остальные были представлены европейскими учеными: Энрико Ферри, Уго Конти и Габріеле Наподано—изъ Италіи, Гарло и Берлэ—изъ Франціи, В. Миттермайеромъ—изъ Германіи, Вамбери и Фридманомъ—изъ Венгріи, Рэгльсъ-Брайсомъ—изъ Англіи, Дорадо—изъ Испаніи, Бекомъ — изъ Швейцаріи и Брукъ-Фабероиъ—изъ Люксембурга. Участіе этихъ выдающихся знатоковъ позволило освѣтить вопросъ разносторонне. Кромѣ того, многіе изъ участниковъ Вашингтонскаго конгресса только что пріѣхали изъ Брюсселя, гдѣ они приняли участіе въ обсужденіи на Международ-

номъ съѣздѣ Союза криминалистовъ вопроса объ опасныхъ преступникахъ, который также стоялъ въ тѣсной связи съ вопросомъ о неопредѣленныхъ приговорахъ.

Общее резюмэ докладовъ было сдѣлано проф. Gordon Sherman изъ Yale. Докладчикъ занялъ консервативную точку зрѣнія. Онъ указалъ, что неопредѣленные приговоры въ собственномъ смыслѣ, въ особенности безъ максимума и минимума, вовсе не являются преобладающими въ Америкѣ, и только немногіе штаты слѣдуютъ этой практикѣ. По его мнѣнію, эта система несовмѣстима съ современными принципами уголовной юриспруденціи. Относительно-неопредѣленные приговоры примѣнимы лишь по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ преступникамъ, гдѣ нѣтъ рѣчи о репрессіи, и къ мѣрамъ безопасности. По отношенію же къ опаснымъ профессіональнымъ преступникамъ желательнымъ являлось бы примѣненіе, по отбытіи ими опредѣленнаго наказанія, особаго процесса, который установилъ бы, представляютъ ли они опасность для общества, или нѣтъ, а въ случаѣ утвердительнаго отвѣта назначалъ бы противъ нихъ мѣру безопасности.

Проф. Шерманъ заключилъ свой докладъ слѣдующими тезисами:

1) Слѣдуетъ сохранить принципъ опредѣленныхъ наказаній. 2) Устраненіе неопредѣленности должно быть компенсируемо другими мѣрами, которыя будутъ замѣнять наказаніе или слѣдовать за нимъ. 3) Этими субсидіарными мѣрами явятся: исправительное воспитаніе на неопредѣленный срокъ по отношенію къ юнымъ преступникамъ; заключеніе на неопредѣленный срокъ по отношенію къ тѣмъ, которые представляютъ постоянную опасность для общества, и, наконецъ, условное освобожденіе. 4) Слѣдуетъ по отношенію къ лицамъ, приговореннымъ къ долгосрочному заключенію (рецидивистамъ въ тяжкихъ преступленіяхъ, профессіональнымъ преступникамъ, бродягамъ—въ соотвѣтствіи съ законодательными постановленіями), установить особое производство, пріуроченное къ моменту окончанія ими срока заключенія, которое установило бы состояніе индивида. Рѣшеніе этого вопроса должно быть поручено смѣшанной комиссіи изъ представителей судебной власти, полиціи и тюремной администраціи".

По предложенію предсѣдательствующаго, проф. Принса, рѣшено было сначала заняться обсужденіемъ самаго принципа неопредѣленныхъ приговоровъ, ибо, при отклоненіи его, дальнѣйшія детали оказались бы неподлежащими обсужденію. Многіе изъ континентальныхъ юристовъ оказались скептически настроенными къ этой

мѣрѣ. Такъ, голландскій судья Энгеленъ полагалъ, что она примѣнима лишь въ отношеніи опасныхъ преступниковъ, въ случаѣ примѣненія къ нимъ мѣръ безопасности. Начальникъ голландскихъ тюремъ Dresselhuys считалъ нецѣлесообразнымъ замѣнять уголовнаго судью пенитенціарнымъ судьей, дѣятельность котораго стоитъ внѣ общественнаго контроля, внѣ условій гласности и состязательности, который подверженъ болѣе случайнымъ вліяніямъ. Начальникъ испанскихъ тюремъ Сильвела полагалъ, что этотъ принципъ присущъ только англо-саксонскимъ странамъ. Въ странахъ романскихъ вѣковой борьбой юристы укрѣпили принципъ опредѣленности наказаній и считаютъ его серьезной гарантіей правосудія. Неопредѣленность приговора, вносящая шатаніе въ область оцѣнки тяжести преступленія, правъ осужденнаго и роли наказанія, всегда разсматривалась ими какъ черта тиранніи. Общественное мнѣніе романскихъ странъ не примирится съ нею.

Съ другой стороны, раздавалось много голосовъ, благопріятныхъ неопредѣленности приговоровъ. Проф. Касторкисъ изъ Греціи считалъ принципъ пріемлемымъ при надлежащей организаціи совѣта, опредѣляющаго продолжительность заключенія. Уго Конти допускалъ разумность его по отношенію къ ряду преступниковъ. Мы не говоримъ уже о рядѣ американскихъ делегатовъ, во главѣ съ престарѣлымъ Броквэемъ и F. H. Wines, считавшихъ этотъ принципъ наиболѣе соотвѣтствующимъ исправительнымъ задачамъ наказанія. Обмѣнъ мнѣній показалъ, что большинство признаетъ возможность введенія этого принципа, но съ рядомъ дополнительныхъ условій, и потому на голосованіе былъ поставленъ слѣдующій тезисъ:

„Конгрессъ одобряетъ научный принципъ неопредѣленныхъ приговоровъ“.

Этотъ тезисъ былъ принятъ большинствомъ 18 противъ 2. Съ принятіемъ его споръ естественно перешелъ въ область опредѣленія границъ примѣнимости этой мѣры. Здѣсь быстро выдѣлилось болѣе умѣренное крыло во главѣ съ проф. Шерманомъ и Конти, къ которымъ позднѣе примкнули проф. Принсъ и голландскіе представители, отстаивавшіе примѣняемость этой мѣры только къ опаснымъ преступникамъ. Съ другой стороны, проф. Глейспахъ изъ Австраліи и проф. Вамбери изъ Венгріи заняли позицію крайнихъ реформистовъ. Они указывали, что во многихъ странахъ общественное мнѣніе уже достаточно подготовлено къ введенію неопредѣленныхъ приговоровъ и что возраженія противъ нихъ обусловливаются главнымъ образомъ пережитками старыхъ идей и господствомъ на-

чалъ возмездія, отъ которыхъ въ значительной степени могла отказаться Америка. Авторъ настоящаго отчета позволилъ себѣ предложить компромиссъ, указавъ, что нельзя въ пѣломъ противопоставлять принципъ неопредѣленности существующей системѣ опредѣленныхъ приговоровъ. Теперь можно намѣтить лишь три категоріи преступниковъ, по отношенію къ которымъ примѣненіе неопредѣленныхъ приговоровъ можетъ имѣть разумное основаніе: 1) преступники опасные, являющіеся профессіоналами, гдѣ неопредѣльность вызывается интересами соціальной защиты; 2) преступники, страдающіе дефектами (алкоголики, уменьшенно-вмѣняемые, нейрастеники), гдѣ неопредѣленность обусловливается примѣненіемъ лѣчебныхъ мѣръ, продолжительность которыхъ невозможно установить заранѣе, и, наконецъ, 3) молодые преступники, вышедшіе изъ возраста юношества, но подающіе надежду на исправленіе, гдѣ неопредѣленность есть послѣдствіе примѣняемыхъ къ нимъ воспитательныхъ принциповъ. Съ признаніемъ же необходимости спеціальнаго режима въ этой области мы логически должны принять и неопредѣленные приговоры, какъ его составную часть, постаравшись лишь болѣе гарантировать осужденныхъ отъ возможныхъ здѣсь, какъ и повсюду, злоупотребленій.

Послѣ долгихъ споровъ принимается положеніе, являвшееся какъ бы уступкой умѣренной группѣ: „Неопредѣленные приговоры должны быть примѣняемы къ нравственно и умственно дефективнымъ“.

Наконецъ, происходитъ генеральная битва на почвѣ дальнѣйшихъ расширеній принципа въ формулировкѣ Глейспаха и Вамбери. Положеніе сторонниковъ этого расширенія колеблется, но наконецъ, при дѣятельной поддержкѣ американцевъ, проходитъ и дальнѣйшая часть: „Неопредѣленные приговоры должны быть также примѣняемы, какъ существенная часть воспитательной системы по отношенію къ преступникамъ, въ особенности юнымъ, нуждающимся въ воспитательномъ воздѣйствіи, преступленія которыхъ вызваны главнымъ образомъ причинами, зависящими отъ индивидуальнаго характера преступника“.

Съ проведеніемъ главной части резолюціи, стоившей громадныхъ усилій, дальнѣйшее обсужденіе происходитъ при меньшей оппозиціи. Та часть, въ которой устанавливаются условія примѣненія этой мѣры: согласіе съ господствующими идеями о виновности и наказаніи, индивидуализированный режимъ и надлежащій составъ совѣта, рѣшающаго объ освобожденіи, принимается едино-

гласно. Споры возникаютъ снова при рѣшеніи вопроса о томъ, долженъ ли быть установленъ максимумъ или минимумъ въ примѣненіи этой мѣры. Среди сторонниковъ этой мѣры находятся такіе, которые рекомендуютъ полную неопредѣленность; къ нимъ присоединяются и бывшіе противники этой мѣры, которые утверждаютъ, что, если проводить эту мѣру послѣдовательно, то необходимо отбросить всякіе сроки. Несмотря на возраженія американцевъ и нѣкоторыхъ членовъ, въ томъ числѣ и С. С. Хрулева, принимается болѣе рѣшительная формула въ нѣсколько смягченной редакціи:

„Установленіе максимальнаго предѣла наказанія рекомендуется только въ томъ случаѣ, когда то необходимо вслѣдствіе новизны системы и недостатка въ опытѣ".

Резолюція о неопредѣленныхъ приговорахъ вызвала живѣйшую радость, какъ наиболѣе значительная побѣда американскихъ идей. Но далась она не безъ борьбы. Вотъ какъ одинъ изъ американскихъ корреспондентовъ описываетъ эти знаменательныя засѣданія.

„Картину наиболѣе горячей схватки представляла первая секція, посвященная уголовному праву, и яблокомъ раздора здѣсь былъ вопросъ о неопредѣленныхъ приговорахъ, отвергавшихся на предшествовавшихъ конгрессахъ. Въ теченіе трехъ дней, одинъ за другимъ, бельгіецъ, голландецъ и итальянецъ, занимая предсѣдательское мѣсто, дѣлали энергичныя попытки привести дебаты къ опредѣленному результату. Это напоминало вторую Гаагскую конференцію мира, когда, какъ говорятъ, въ результатѣ трехнедѣльныхъ трудовъ делегаты рѣшили прибавить два слова: „и желателенъ" къ резолюціи, объявлявшей, что „третейскій судъ является полезнымъ въ международныхъ отношеніяхъ". Вообразите себѣ длинный узкій столъ, длиною въ пять юбилейныхъ обѣдовъ, съ предсѣдателемъ, сидящимъ по серединѣ, откуда трудно было бы руководить даже флегматичнымъ собраніемъ. Неоднократно вскакивало по нѣскольку делегатовъ вмѣстѣ, и нужно было не мало переводчиковъ, чтобы сдѣлать ихъ понятными другъ для друга. Въ одномъ углу стола пріютилась группа китайцевъ и японцевъ, чуткая, но молчаливая. По ихъ глазамъ вы бы и не могли подумать, что они не понимаютъ смысла каждаго затронутаго въ словесной перестрѣлкѣ вопроса. Съ другой стороны, размѣстилась столь же спокойная группа американцевъ: два профессора, дѣятель тюремной реформы, два-три начальника тюремъ,—немного запу-

ганная, смущенная, выглядѣвшая подобно группѣ business-men, попавшихъ на симфоническій концертъ, но все же смотрящая покровительственно на остальныхъ, какъ бы терпѣливо ожидая конца того необходимаго спорта, который въ ихъ средѣ почитается уже покончеппымъ, но чрезъ который должны еще пройти другіе народы. Для посторонняго наблюдателя, этотъ длинный столъ, съ двумя молчаливыми группами по краямъ, вызывалъ размышленіе о томъ, повторится ли этотъ спектръ темпераментовъ на какомъ-либо будущемъ конгрессѣ. Въ центрѣ господствовало крайнее возбужденіе. Противъ предсѣдателя помѣстилась группа изъ шести-семи латинянъ; они говорили съ рѣзкими движеніями лица, съ размахиваніемъ рукъ, подергиваніемъ плечъ; они говорили съ такою порывистостью, какой достигаетъ англо-саксъ лишь въ минуту самаго сильнаго гнѣва; они испускали цѣлыя серіи носовыхъ звуковъ, постоянно не соглашались со своими переводчиками въ передачѣ ихъ замѣчаній и, наконецъ, успокоенные, постепенно затихали, когда предсѣдатель съ помощью нѣсколькихъ делегатовъ призывалъ ихъ къ порядку. Постепенно эта группа смыкалась все сильнѣе и сильнѣе, образовавъ, наконецъ, компактную батарею, взрывающуюся при всякомъ отступленіи отъ установленныхъ догматовъ".

Въ эту оживленную группу спорящихъ не рисковалъ вмѣшиваться посторонній человѣкъ. Много делегатовъ изъ другихъ секцій приходило сочувственно посмотрѣть на усилія первой секціи и пожелать ей благополучно рѣшить свой труднѣйшій вопросъ. Вынесенное рѣшеніе быстро распространилось повсюду, и рѣдко когда побѣда была столь пріятна для самолюбія американцевъ, какъ эта побѣда ихъ новаго метода надъ старой Европой, оберегающей свои старыя тюрьмы, которыя яко-бы охраняютъ свободу индивида.

Второй вопросъ первой секціи касался возможности создать изъ соучастія особый деликтъ или сдѣлать изъ него обстоятельство, усиливающее наказаніе. Генеральный докладчикъ формулировалъ свое предложеніе въ двухъ тезисахъ, которые не встрѣтили возраженій въ комиссіи. Онъ полагалъ, что нѣтъ основаній возводить соучастіе на степень особаго преступленія, а достаточно въ этихъ случаяхъ расширить васть судьи по назначенію наказанія, какъ то проектировало и большинство отдѣльныхъ докладчиковъ.

Точно такъ же не вызывалъ преній и вопросъ о признаніи

силы за иностранными приговорами въ отношеніи рецидива, праволишеній и пр. Главный докладчикъ проф. Шерманъ счелъ возможнымъ вполнѣ присоединиться къ заключительнымъ тезисамъ обстоятельнаго доклада проф. Пуатвена, которые и были приняты съ небольшими поправками Уго Конти, придавшими имъ нѣсколько болѣе широкій объемъ. Эти тезисы гласятъ, что для признанія силы иностранныхъ приговоровъ въ отношеніи правоограниченій необходимо особое производство въ странѣ, гдѣ находится преступникъ. Предшествующая судимость въ другой странѣ также должна быть признана при исчисленіи рецидива, и для этой цѣли желательно установить обмѣнъ справками о судимости между отдѣльными странами, а также международное бюро для идентификаціи преступниковъ. Эти правила не должны распространяться на политическихъ преступниковъ. Эта резолюція намѣчала лишь основную мысль, которая требуетъ болѣе детальнаго своего воплощенія, въ частности въ тѣхъ странахъ, которыя знаютъ лишь факультативныя праволишенія. Поэтому комиссія приняла предложеніе Сильвелы о томъ, чтобы нѣкоторые вопросы (о послѣдствіяхъ праволишеній, о роли рецидива при предоставленіи условнаго освобожденія, о международномъ бюро для собиранія справокъ о судимости) были поставлены на обсужденіе слѣдующаго конгресса.

Сравнительно небольшой интересъ, вызванный къ послѣднимъ двумъ вопросамъ, объясняется отчасти утомленіемъ, отчасти строго догматичнымъ ихъ построеніемъ, которое мало интересовало участниковъ.

Вторая секція, посвященная тюремной дисциплинѣ, засѣдала подъ предсѣдательствомъ проф. Ванъ-деръ-Аа.

Первый вопросъ, главной докладчицей по которому выступала г-жа Дэвисъ, касался способовъ развитія производительныхъ работъ въ небольшихъ тюрьмахъ. Резолюція, принятая по этому вопросу, вноситъ мало новаго, указывая, что вообще постройка малыхъ тюремъ не желательна, что работы должны быть избираемы сообразно съ мѣстными экономическими условіями, что хорошей школой для смотрителей небольшихъ тюремъ являются крупныя тюрьмы, гдѣ они могутъ получать предварительную подготовку. Резолюція высказывается, наконецъ, въ пользу назначенія хотя бы одного лица, изучившаго промышленныя работы,

въ составъ администраціи такихъ тюремъ. Только нѣкоторыя изъ этихъ положеній вызвали комментаріи. Такъ, начальникъ шотландскаго тюремнаго управленія, Скоттъ, указалъ на удобство совмѣщенія долгосрочныхъ и краткосрочныхъ арестантовъ въ одной тюрьмѣ. Въ то время какъ первымъ могутъ быть поручаемы болѣе сложныя и интересныя для нихъ стороны работы, вторые могутъ быть заняты элементарнымъ трудомъ. Затрагивался вопросъ о желательности работъ для послѣдственныхъ; но принудительный характеръ этихъ работъ былъ отвергнутъ.

Болѣе интереснымъ оказалось обсужденіе второго вопроса о тѣхъ улучшеніяхъ, какія могутъ быть внесены въ систему условнаго досрочнаго освобожденія. Генеральный докладчикъ Амосъ Бутлеръ представилъ слѣдующій проектъ резолюціи: „Принципъ условнаго освобожденія признается весьма полезнымъ подспорьемъ для исправленія. Оно не должно зависѣть ни отъ министра, ни отъ судовъ, а регулироваться опредѣленными правилами. Необходимы регулярные отчеты о поведеніи освобожденнаго. Агентамъ, имѣющимъ наблюденіе, должны быть сообщены методы его. Этотъ агентъ долженъ заботиться и о семьѣ освобожденнаго, передавая ей большую часть заработанныхъ освобожденнымъ денегъ. Періодъ надзора долженъ быть достаточно продолжительнымъ и во всякомъ случаѣ не менѣе года. Надзоръ долженъ принадлежать карательному учрежденію или особому агенту, тѣсно съ нимъ связанному. Полицейскій надзоръ внушаетъ подозрѣнія, и потому долженъ быть избѣгаемъ. Освобожденный не можетъ свободно мѣнять мѣсто жительства, но его не слѣдуетъ сильно стѣснять при желаніи поселиться въ городѣ, гдѣ онъ можетъ найти себѣ работу. Достаточно двукратнаго нарушенія условій освобожденія для того, чтобы приговоръ былъ выполненъ полностью, безъ сокращенія. Условное освобожденіе должно также примѣняться къ лицамъ, содержащимся въ работномъ домѣ. Осужденные къ пожизненному заключенію могутъ быть условно освобождаемы по истеченіи 20 лѣтъ“.

Почти каждый изъ этихъ слишкомъ конкретизированныхъ тезисовъ докладчика подвергся оспариванію. Въ преніяхъ приняли участіе Scott, Constantin, Miltgan, Almquist, Kellerhals, Sanagi, Woxen и др.

Въ концѣ концовъ было поручено комиссіи четырехъ: Ванъ-деръ-Аа, Розенфельду, Попу и Скотту,—выработать новую редакцію резолюціи, которая и была принята. Въ ней въ сущности ком

бинируются европейская и американская системы. Отъ первой заимствуется тщательная регламентація условій освобожденія и порядокъ его (отбытіе извѣстнаго минимума заключенія, установленіе опредѣленныхъ правилъ освобожденія, предоставленіе права опредѣленному совѣту съ утвержденія правительственной власти), а отъ второй—попечительный надзоръ и пожеланіе сравнительно долгаго періода испытанія. Желательность условнаго освобожденія для заключенныхъ пожизненно оттѣнена въ болѣе мягкой формѣ.

Покончивъ съ двумя болѣе легкими вопросами, коммиссія занялась болѣе труднымъ относительно принциповъ системы реформаторій, спеціально по отношенію къ юнымъ преступникамъ. За отсутствіемъ генеральнаго докладчика, резюме докладовъ сдѣлано было В. Скоттомъ. Докладчики всѣхъ странъ (Англіи, Ирландіи, Франціи, Швейцаріи, Италіи, Испаніи, Россіи, Бельгіи, Венгріи и Швеціи) единогласно высказывались въ пользу этого принципа, въ особенности рекомендуя такъ наз. борстальскую систему для преступниковъ до 23 лѣтъ. Поэтому главныя усилія секціи были направлены на наиболѣе рельефную обрисовку этой системы. Въ концѣ концовъ были единогласно приняты резолюціи, предложенныя В. Скоттомъ. Онѣ полны здоровымъ оптимизмомъ и вѣрою въ силу обновленія исправительныхъ методовъ. „Ни одинъ преступникъ не можетъ быть признанъ неспособнымъ къ исправленію“,—гласитъ первый изъ тезисовъ. И затѣмъ въ нѣсколькихъ сжатыхъ тезисахъ излагается содержаніе существующихъ методовъ реформаторій. Эта резолюція, проведенная при близкомъ участіи начальниковъ американскихъ реформаторій, не менѣе резолюціи о неопредѣленныхъ приговорахъ, является знаменательнымъ шагомъ впередъ. Характерны для этой секціи слѣдующія слова начальника ирландскихъ тюремъ Mr. Gibbons: „Каждая тюрьма, всякое мѣсто заточенія должны стать реформаторіей. Нашей цѣлью должно быть: сначала сдѣлать всѣ тюрьмы столь же совершенными, какъ и реформаторіи, и затѣмъ держать ихъ пустыми“.

Къ резолюціи о реформаторіяхъ въ качествѣ пожеланія присоединена краткая резолюція, предложенная шведскимъ делегатомъ Алмквистомъ о томъ, чтобы подслѣдственные заключенные содержались особо отъ отбывающихъ наказанія и въ одиночныхъ камерахъ. Авторъ, предлагая ее, имѣлъ въ виду главнымъ образомъ неудовлетворительность американскихъ условій въ этомъ отношеніи и, принимая американскій принципъ реформаторій, онъ желалъ указать и на то, что Америкой должно быть заимствовано отъ Европы.

Предсѣдателемъ третьей секціи о мѣрахъ предупрежденія былъ англійскій делегатъ Рэгльсъ-Брайсъ. Въ первую голову имъ былъ поставленъ на очередь вопросъ о тѣхъ мѣрахъ помощи, которыя могутъ быть оказаны семьямъ заключенныхъ. Здѣсь всѣ сходились въ необходимости принять различныя мѣры; съ этою цѣлью, указывалось даже на необходимость признанія государства обязаннымъ оказывать изъ своихъ средствъ матеріальную помощь заключеннымъ. Этотъ вопросъ особенно важнымъ былъ для американцевъ, которые не оплачиваютъ труда заключенныхъ и такимъ образомъ не даютъ имъ возможности отсылать часть ихъ заработка на помощь семьямъ. Поэтому предложеніе удѣлять часть заработка заключенныхъ въ пользу семей не удовлетворяло американцевъ. Возражали противъ него и европейскіе делегаты, указывая, что не всѣ заключенные заняты оплачиваемымъ трудомъ, что многіе изъ нихъ выполняютъ внутреннія работы въ тюрьмѣ и т. д. Судья Де-Ласи изъ Вашингтона ознакомилъ собраніе съ новымъ вашингтонскимъ закономъ, принимающимъ мѣры принужденія по отношенію къ отцамъ, оставляющимъ безъ поддержки свои семьи. Виновный въ такомъ проступкѣ отправляется въ работный домъ, гдѣ онъ исполняетъ публичныя работы внѣ тюрьмы, а его семьѣ выдается изъ государственныхъ средствъ по 50 центовъ въ сутки. Когда онъ изъявитъ готовность поддерживать свою семью, онъ получаетъ условное освобожденіе, при чемъ окончательное освобожденіе наступаетъ только тогда, когда полиція сообщитъ о томъ, что онъ аккуратно выполняетъ свои обязанности по отношенію къ семьѣ. Эта система могла бы быть примѣнена и къ содержащимся въ тюрьмахъ. Но и она многихъ не удовлетворила въ виду невозможности для нѣкоторыхъ странъ организовать публичныя работы и нежеланія вручать полиціи контролирующую роль. Въ результатѣ различныя теченія въ секціи были примирены на слѣдующемъ компромиссѣ:

„Заключенные должны получать вознагражденіе сообразно своему трудолюбію. Ихъ заработокъ долженъ идти на поддержаніе ихъ семей и образованіе фонда, вручаемаго имъ при освобожденіи. Въ настоящее время государство не можетъ принять на себя въ полномъ объемѣ задачи помощи семьямъ заключенныхъ. Эта задача, пока не будетъ достигнутъ идеалъ, должна быть поручена обществамъ патроната“.

Эта резолюція, мало удовлетворившая членовъ секціи, подверглась критикѣ и на общемъ собраніи, гдѣ указывалось на то, что при существующихъ различіяхъ въ оплачиваемости труда за-

ключенныхъ и въ тѣхъ функціяхъ, которыя выполняетъ заработокъ ихъ, трудно сойтись на этихъ предложеніяхъ; въ частности трудно даже принципіальнымъ образомъ возлагать на государство задачу помощи семьямъ. Вопросъ былъ снова возвращенъ въ комиссію, гдѣ на этотъ разъ пришлось ограничиться пожеланіемъ, чтобы всѣ суммы, записанныя на счетъ заключеннаго, могли, въ случаѣ крайности, передаваться его семьѣ; дальнѣйшіе же способы должны быть намѣчены на будущемъ конгрессѣ.

Вторымъ обсуждался вопросъ о результатахъ примѣненія спеціальнаго режима для преступниковъ-алкоголиковъ. Попытка установленія особыхъ лѣчебно-исправительныхъ заведеній для хроническихъ алкоголиковъ-рецидивистовъ была сдѣлана за послѣдніе годы въ Англіи. Противъ нея въ самой Англіи раздавалось много нареканій, и потому рѣшено было поставить вопросъ о результатахъ ея на обсужденіе конгресса. Аналогичныя попытки были сдѣланы также въ Нью-Іоркѣ и Массачузетсѣ, и потому обмѣнъ мнѣній былъ полезенъ. Въ преніяхъ высказывались различныя точки зрѣнія. Въ частности много вниманія было удѣлено вопросу о режимѣ такихъ учрежденій. Такъ, указывалось на необходимость долгихъ сроковъ, на пользу работъ за стѣнами тюрьмы, на необходимость большей предупредительной дѣятельности въ этой области. Отмѣчалась ошибочность англійской системы, допускающей помѣщеніе въ реформаторію лишь послѣ четырехъ осужденій. Подчеркивалась связь алкоголизма съ душевными болѣзнями и слабоуміемъ. Въ заключеніе десятилѣтній опытъ въ этой области былъ признанъ удовлетворительнымъ. По второму пункту вопроса—о необходимости спеціальнаго врачебнаго режима, секція высказалась отрицательно, считая его излишнимъ. Но тѣмъ не менѣе она признала полезнымъ, чтобы медицинская и санитарная часть находилась въ завѣдываніи опытныхъ врачей. Въ заключеніе резолюція выражаетъ пожеланіе, чтобы эта практика получила дальнѣйшее распространеніе, однако, безъ обращенія въ началѣ къ краткосрочному тюремному заключенію, совершенно безполезному въ такихъ случаяхъ.

На повѣсткѣ третьей секціи затѣмъ стоялъ не сходящій съ самаго начала образованія конгрессовъ вопросъ о мѣрахъ борьбы противъ нищенства и бродяжничества. Делегаты лишь немного новаго могли присоединить къ старымъ пожеланіямъ въ этой области. Они подтвердили резолюцію Парижскаго конгресса 1895 г., раздѣлившаго бродягъ на три класса: 1) слабосильныхъ, нуждающихся лицъ, 2) лицъ здоровыхъ, но случайно находящихся въ

нищетѣ, и 3) профессіональныхъ здоровыхъ бродягъ. Рекомендуемыя конгресомъ мѣры касаются преимущественно этихъ послѣднихъ, при чемъ конгрессъ рѣшительно склоняется въ пользу устройства работныхъ домовъ. Режимъ этихъ послѣднихъ также намѣчается въ общихъ чертахъ: онъ долженъ быть основанъ на классификаціи заключенныхъ, примѣненіи мѣръ поощренія, условномъ освобожденіи; рекомендуется, кромѣ того, изученіе умственныхъ и физическихъ условій заключенныхъ.

Послѣдній вопросъ, занимавшій вниманіе третьей секціи касался результатовъ условнаго осужденія или системы испытанія. Здѣсь европейскимъ делегатамъ удалось послушать видныхъ знатаковъ этой системы: судью De Courcy изъ Массачузетса, Homer Folks, начальника Нью-Іоркской State Probation Commission. Оба подробно характеризовали американскіе методы. Они указывали на сознаваемую нынѣ во многихъ штатахъ потребность государственнаго контроля за испытаніемъ, на заботы по подготовкѣ должностныхъ попечителей, на постепенное довѣріе, которое пріобрѣтаетъ эта мѣра въ глазахъ судей. Они излагали выгоды такой системы, отмѣчая, какъ хорошо она способствуетъ изученію индивидуальности преступника, устраненію въ обществѣ предубѣжденій противъ него, сокращенію преступности и предупрежденію рецидива. Вынесенная по этому вопросу резолюція даетъ рѣшительный перевѣсъ американской системѣ испытанія съ примѣненіемъ попечительнаго надзора надъ европейской системой простой отсрочки наказанія подъ условіемъ неучиненія новыхъ преступленій.

Большой интересъ представляли работы четвертой секціи, касавшіяся несовершеннолѣтнихъ. Здѣсь удалось сосредоточить представителей различныхъ профессій, интересующихся положеніемъ дѣтей. Пять-шесть американскихъ судей по дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ, рядъ начальниковъ и начальницъ исправительно-воспитательныхъ заведеній, множество общественныхъ дѣятелей, по преимуществу женщинъ, нѣсколько профессоровъ и священниковъ составляли тѣсный кругъ, обсуждавшій резолюціи. Эта секція была наиболѣе революціонной по своему настроенію, и резолюціи ея наиболѣе радикальны. Принципіальныя юридическія сомнѣнія, сдерживавшія представителей другихъ секцій, здѣсь проявлялись значительно менѣе. Предсѣдательница секціи, талантливая г-жа Дэвисъ, умѣло руководила преніями.

Въ первую очередь былъ поставленъ вопросъ о необходимости спеціализаціи производства по дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ. Здѣсь впервые ставшій за послѣднее время весьма популярнымъ и въ Европѣ вопросъ о судахъ для несовершеннолѣтнихъ былъ поставленъ на обсужденіе международнаго конгресса. Къ сожалѣнію, этотъ вопросъ касался только одной стороны—спеціализаціи производства, не затрогивая ни организаціи попечительнаго надзора, ни вопроса о расширеніи правъ этихъ судовъ по отношенію къ взрослымъ, способствующимъ преступности дѣтей. Рядъ докладчиковъ откликнулся на эту тему, что позволило представить яркую картину положенія этого вопроса въ Европѣ. Изъ американцевъ доклады представили судья Duel изъ Нью-Іорка, Smith изъ Миннесоты и Heymann изъ Новаго Орлеана. Кромѣ того, представили доклады: изъ Франціи P. Grimanelli, R. Gedaut, Felineau, Casabianca, Berlet и Vidal; изъ Венгріи — Balogh, Ph. Rottenbiller, A. Lengyel; изъ Россіи—А. Гольденвейзеръ, Ш. Люблинскій и Неандеръ; изъ Англіи—I. Roberston, R. Barret; остальныя страны были представлены de-Sanctis, Baerenreiter, van der Aa и Bruck-Fader.

Общимъ докладчикомъ явился проф. Пармели изъ Миссури, который выставилъ рядъ тезисовъ очень умѣреннаго характера. Въ первомъ тезисѣ онъ выражалъ, между прочимъ, пожеланіе, чтобы и уголовный процессъ, примѣняемый къ взрослымъ, уподобился въ будущемъ процессу, нынѣ рекомендуемому для несовершеннолѣтнихъ. Правильность такого пожеланія оспаривалась мною, ибо принятіе его означало бы въ сущности устраненіе такихъ гарантій, какъ гласность, состязательность, коллегіальность суда. Послѣ двукратнаго обсужденія это пожеланіе было исключено. Далѣе большіе споры и въ секціи, и въ общемъ собраніи вызвалъ вопросъ о томъ, кому должна быть вручена власть принятія мѣръ по отношенію къ преступнымъ дѣтямъ: особымъ административнымъ коллегіямъ (совѣты опеки), какъ то принято въ скандинавскихъ странахъ и Голландіи и рекомендуется во Франціи, или спеціальнымъ судьямъ. Докладчикъ стоялъ всецѣло на второй точкѣ зрѣнія, но находились голоса, защищавшіе и первую. Въ результатѣ былъ принятъ компромиссъ, и было общимъ образомъ указано на „власть которой поручено разсмотрѣніе дѣлъ о несовершеннолѣтнихъ“. Много вниманія было удѣлено вопросу о подготовкѣ судей по дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ. Сначала рекомендовалось требованіе спеціальной подготовки по антропологіи, соціологіи и психологіи

Противъ антропологіи былъ представленъ рядъ возраженій, и рѣшено было ограничиться только соціальными и психологическими науками. Равнымъ образомъ было отвергнуто требованіе педагогическихъ знаній, такъ какъ американцы не признаютъ педагогику наукой. Секція приняла затѣмъ тезисъ о возможномъ упрощеніи судебнаго слѣдствія, съ устраненіемъ формальнаго обвиненія и защиты, и веденіи его въ формѣ совѣщанія, несмотря на энергичныя возраженія французскихъ делегатовъ. По предложенію Уго Конти, было принято пожеланіе о томъ, чтобы органу, рѣшающему дѣла о преступныхъ дѣтяхъ, было поручено также разсмотрѣніе дѣлъ о заброшенныхъ дѣтяхъ и дѣтяхъ, подвергающихся жестокому обращенію. Выработка окончательной резолюціи стоила большихъ трудовъ. Комиссія, состоящая изъ проф. Пармели, проф. Ванъ-Гамеля и бостонскаго судьи Бэккера, должна была трижды пересматривать проектъ резолюціи, пока она не была, наконецъ, принята общимъ собраніемъ.

Идея особыхъ судовъ для юношества ни въ комъ не встрѣтила оппозиціи. Хотя были споры о практическомъ ея осуществленіи, но общіе принципы о томъ, что такія дѣла должны быть спеціализированы, что невозможно подвергать дѣтей предварительному задержанію и подслѣдственному заключенію въ тѣхъ же помѣщеніяхъ, какъ и взрослыхъ, что во время суда и послѣ него они должны находиться подъ наблюденіемъ особыхъ попечителей и, наконецъ, что въ этихъ случаяхъ гласность должна быть по возможности ограничиваема, были приняты единогласно и безъ всякихъ колебаній.

По второму вопросу—объ учрежденіи особыхъ исправительныхъ заведеній для ненормальныхъ, отсталыхъ и слабоумныхъ дѣтей, проявляющихъ опасныя въ нравственномъ отношеніи склонности, были послѣ непродолжительнаго обсужденія приняты заключенія докладчика д-ра Healey изъ Чикаго, который стоитъ во главѣ клиники при судѣ для несовершеннолѣтнихъ. Какъ самъ докладчикъ, такъ и поддерживавшій его д-ръ Goddard изъ Vinelend, директоръ школы для воспитателей исправительныхъ заведеній, отнеслись очень скептически къ желательности этого выдѣленія; но они не рѣшились высказать окончательное рѣшеніе, и потому собраніе ограничилось пожеланіемъ того, чтобы по этому вопросу были собраны систематическія данныя путемъ анкеты среди компетентныхъ лицъ.

Въ обсужденіи и выработкѣ резолюцій по третьему вопросу—

о мѣрахъ противъ праздности и бродяжничества дѣтей въ большихъ городахъ приняли участіе исключительно женщины. Главная докладчица г-жа J. C. Barrows, а также говорившая вслѣдъ за нею Mrs Ella Flagg Yong, начальница общественныхъ школъ Чикаго, и Mrs E. Blaine, извѣстная филантропка, быстро сошлись на основныхъ тезисахъ, принятыхъ затѣмъ и общимъ собраніемъ. Здѣсь на ряду съ общими мѣрами, какъ устройство разумныхъ игръ и другихъ развлеченій для дѣтей, сближеніе семьи и школы, развитіе ручного труда, индивидуализація школьнаго обученія и пр., рекомендуются и такія, которыя намъ могутъ показаться оригинально - американскими. Таково, напр., установленіе уголовной отвѣтственности родителей за проступки ихъ дѣтей, принужденіе отцовъ, покидающихъ семьи, вернуться къ исполненію ихъ обязанностей и поддерживать свои семьи; принудительное изъятіе дѣтей изъ такихъ семей, гдѣ они не получаютъ надлежащаго воспитанія и заботы. Резолюція рекомендуетъ, между прочимъ устройство особыхъ чтеній для отцовъ и матерей о томъ, какъ сдѣлать семейную жизнь болѣе счастливой и хорошей и какъ удержать дѣтей отъ порока.

Еще дальше идутъ резолюціи по вопросу о мѣрахъ покровительства относительно дѣтей, рожденныхъ внѣ брака, выработанныя докладчицей J. H. Hodder изъ Бостона. Въ нихъ не только положеніе внѣбрачнаго ребенка вполнѣ сравнивается съ положеніемъ родныхъ дѣтей въ отношеніи обязательности доставленія средствъ на содержаніе, наслѣдственныхъ правъ и пр., но забота объ обезпеченіи этихъ правъ и объ улучшеніи положенія дѣвушекъ-матерей возводится на степень публичной обязанности. Такъ, при всѣхъ госпиталяхъ и мѣстахъ, куда дѣвушки-матери обращаются за совѣтами, должны состоять особыя попечительницы, задачей которыхъ является: сообщеніе дѣвушкамъ-матерямъ свѣдѣній, необходимыхъ для надлежащей заботы о себѣ, въ интересахъ ребенка, до и послѣ рожденія; полученіе отъ отца ребенка признанія отцовства и необходимыхъ денежныхъ средствъ; дружеская помощь матери и опека надъ ея ребенкомъ. Когда ребенокъ выходитъ изъ періода младенчества, публичная власть должна постановить, кому изъ родителей ввѣряется на будущее время забота о внѣбрачномъ ребенкѣ, при чемъ руководящими здѣсь являются интересы ребенка какъ будущаго гражданина. Родитель, не имѣющій прямого попеченія о ребенкѣ, будь то мать или отецъ, должны удѣлять часть своего заработка на содержаніе его. Такимъ образомъ задача вос-

питанія, лежащая нынѣ всецѣло на матери, можетъ быть принудительно возлагаема и на отца. Считая, что рожденія внѣ брака являются результатомъ невѣжества, резолюція рекомендуетъ вести пропаганду въ пользу необходимости сообщать своевременно молодежи свѣдѣнія о половой жизни и отношеніи ея къ благосостоянію государства и стремиться къ выработкѣ одинаковаго нравственнаго кодекса для обоихъ половъ.

Противъ радикализма этихъ резолюцій возражали французскіе делегаты. Они считали возможнымъ предоставить внѣбрачному ребенку право на имя отца, но лишь въ томъ случаѣ, когда отецъ является неженатымъ. Они отстаивали также право такого ребенка занять подобающее мѣсто въ семейной группѣ, къ которой принадлежитъ мать, но не соглашались возлагать на отца заботы о воспитаніи его. Впрочемъ, при окончательномъ голосованіи и они присоединились къ выработанной резолюціи.

Въ числѣ вопросовъ, поставленныхъ на программу конгресса въ Вашингтонѣ, значился вопросъ о той роли, какую играетъ смертная казнь, какъ наказаніе, въ различныхъ странахъ. Большихъ трудовъ стоило группѣ неофиціальныхъ членовъ международныхъ конгрессовъ добиться постановки этой темы. На предшествующемъ конгрессѣ въ 1905 г. въ Будапештѣ въ пенитенціарную комиссію, состоящую изъ начальниковъ тюремныхъ управленій различныхъ государствъ и являющуюся подготовительнымъ органомъ съѣздовъ, было представлено заявленіе, подписанное сотнею членовъ конгресса, въ которомъ указывалось на необходимость подвергнуть обсужденію вопросъ о смертной казни, до сихъ поръ стоящей во главѣ карательной системы многихъ государствъ. Въ пенитенціарной комиссіи замѣчались долгія колебанія: сначала этотъ вопросъ былъ внесенъ въ программу темъ, подлежащихъ обсужденію; затѣмъ былъ устраненъ окончательно; наконецъ былъ принятъ компромиссъ. Рѣшено было ограничиться собраніемъ матеріаловъ по этому вопросу въ формѣ анкеты, при чемъ была выработана схема для этой послѣдней, ставившая довольно узкія рамки для разработки вопроса. Предлагалось выяснить, главнымъ образомъ связь смертной казни съ преступностью противъ жизни и способы выполненія ея, а также выяснить отношеніе общественнаго мнѣнія къ этой мѣрѣ. Обсужденіе этого вопроса предполагалось только въ томъ случаѣ „если позволитъ время“.

На самомъ съѣздѣ въ Вашингтонѣ, къ сожалѣнію, для этого

времени не нашлось. Представленные отдѣльными странами матеріалы были лишь суммированы докладчикомъ по этому вопросу, извѣстнымъ американскимъ тюрьмовѣдомъ E. C. Wines съ нѣкоторыми комментаріями, но на обсужденіе поставлены не были и не повлекли за собою резолюціи. Такое равнодушное отношеніе къ даннымъ анкеты объясняется въ извѣстной степени значительнымъ перегруженіемъ программы съѣзда, а также сравнительнымъ равнодушіемъ американцевъ къ рѣшенію этого вопроса. Во время засѣданій конгресса европейцамъ приходилось читать о двухъ случаяхъ сожженія негровъ на югѣ „по праву Линча", и въ виду многочисленности казней въ самой Америкѣ обсужденіе вопроса о смертной казни не способствовало бы поднятію культурнаго престижа американскаго правосудія. Трудно было бы и надѣяться на достиженіе единогласнаго рѣшенія по этому вопросу, такъ какъ среди европейскихъ делегатовъ преобладали офиціальные представатели тюремнаго вѣдомства, а отношеніе правительствъ отдѣльныхъ странъ къ смертной казни далеко не одинаково.

Тѣмъ не менѣе, большой интересъ для обзора представляютъ данныя о примѣненіи смертной казни, собранныя въ отдѣльныхъ докладахъ, которыя показываютъ, каковы тѣ объективныя основанія, на которыхъ она покоится, и какъ часто ея примѣненіе. Для русскаго читателя этотъ интересъ усугубляетъ тѣмъ, что по этому вопросу впервые былъ представленъ отъ имени Россіи съ одной стороны, оффиціальный докладъ, написанный помощникомъ начальника главнаго тюремнаго управленія М. М. Боровитиновымъ въ которомъ представляется рядъ любопытныхъ данныхъ, и, съ другой стороны, рядъ докладовъ, выработанныхъ спеціальной комиссіей с.-петербургскаго юридическаго общества.

Всего семь государствъ откликнулись на анкету: Сѣв. Амер. С. Штаты, Франція, Россія, Швеція, Норвегія, Гамбургъ и Трансвааль. Кромѣ того, въ распоряженіе докладчика были представлены данныя отъ Греціи и нѣкоторыхъ южно-американскихъ государствъ, пока еще не опубликованныя.

Наши сѣверные сосѣди — Норвегія и Швеція представляютъ картину вымиранія смертной казни. Въ *Норвегіи*, по даннымъ, представленнымъ въ докладѣ Nissen, до отмѣны смертной казни съ введеніемъ въ дѣйствіе новаго кодекса 1 января 1905 года примѣненіе ея выражалось въ слѣдующей таблицѣ:

За періодъ.	Осуждено за убійство.	Приговорено къ казни за убійство. Всего.	Казнено.	Помиловано.
1859— 68	28	22	6	16
1869— 78	26	13	3	10
1879— 88	24	3	—	3
1880— 98	28	1	—	1
1899—1904	11	1	—	1
Итого	117	40	9	31

Съ 1876 г. не было ни одного случая казни. Между тѣмъ число убійствъ сокращается. За десятилѣтія, начиная съ 1859 г., мы видимъ, что среднее число убійствъ уменьшается въ слѣдующей пропорціи: 2,8; 2,6; 2,4; 2,8; 1,8. За послѣдніе годы можно считать убійство въ Норвегіи дѣломъ совершенно исключительнымъ. Одно убійство приходится на 1.253,722 жителей или 1,8, т. е. менѣе 2-хъ, случаевъ убійства въ годъ на всю страну. Кромѣ убійства, по старому угол. улож. 1842 г., наказывался смертною казнью рядъ другихъ деликтовъ, но за 50 лѣтъ (1860—1909) только одно лицо было казнено за разбой. Такимъ образомъ, смертная казнь въ Норвегіи вымерла уже давно и уложеніе 1905 г., отмѣняя ее, констатировало собственно только давно свершившійся фактъ.

Въ *Швеціи*, по даннымъ, представленнымъ V. Almquist, кодексъ 1864 г. еще очень расточителенъ, угрожая смертною казнью за измѣну, посягательство на государя, убійство, вытравленіе плода, вызвавшее смерть женщины, разбой и поджогъ, вызвавшій смерть. Но все же онъ представлялъ значительный прогрессъ. Съ 1799 г. до 1864 г. было казнено въ Швеціи—658 человѣкъ. Съ 1865 г., когда былъ введенъ новый кодексъ, было приговорено къ смертной казни судами по десятилѣтіямъ:

1865—1874	57 преступниковъ.
1875—1884	34 »
1885—1894	18 »
1895—1904	14 »
1905—1908	— »
1909— —	1 »
Итого . . .	124 преступника.

Изъ этого числа казнено было всего 14 человѣкъ, т. е. 11%, при чемъ съ 1900 г. не было ни одного случая смертной казни. Параллельно съ вымираніемъ смертной казни шло и значительное

сокращеніе числа убійствъ. Въ періодъ 1865—1874 г. число убійствъ было 686 или 69 въ годъ, что соотвѣтствовало 1 убійству на 60,000 жителей. Въ періодъ 1898—1907 гг. было 440 убійствъ, т. е. 44 въ годъ, а примѣнительно къ населенію 1 убійство на 118,000 жителей. Иначе говоря, число убійствъ уменьшилось въ 2 раза. Общественное мнѣніе стоитъ горячо въ пользу отмѣны смертной казни. Примѣръ Швеціи и Норвегіи, такомъ образомъ, блестяще показываетъ, что значительное сокращеніе преступности противъ жизни шло параллельно съ вымираніемъ смертной казни.

Положеніе вопроса о смертной казни во *Франціи* еще недавно было предметомъ, сосредоточившимъ вниманіе европейскихъ криминалистовъ, по поводу обсужденія въ палатѣ депутатовъ вопроса объ отмѣнѣ ея. По этому вопросу во Франціи наблюдалась сильная агитація и полемика, итоги которыхъ и подводитъ въ своемъ докладѣ проф. Demogue изъ Лилля. Любопытно, что во Франціи проекты отмѣны смертной казни были весьма многочисленны. Они вносились въ палату въ 1838, 1850, 1868, 1870, 1872, 1876, 1881, 1882, 1886, 1894, 1898 и, наконецъ, въ 1906 гг. Современное уголовное право Франціи предусматриваетъ назначеніе смертной казни въ 12 статьяхъ общаго кодекса, 22 ст. военно-уголовнаго и 29 военно-морского устава. Примѣнительно къ 4 видамъ убійства (meurtre, uttastinat, parricide et empoistonnement) примѣненіе смертной казни выражается въ слѣдующей таблицѣ (мы нѣсколько сокращаемъ подробныя таблицы Demogue). Беремъ послѣдніе 10 лѣтъ.

Годъ.	Число убійствъ			Число осужденій къ смертной казни.	
	Разсмотр. въ судебн. порядкѣ.	Оставшихся безъ преслѣдованія.	Разсмотр. заочно.	Казнено.	Помиловано.
1899	355	600	10	6	14
1900	399	618	17	1	10
1901	327	606	30	3	17
1902	342	643	20	1	8
1903	406	623	17	2	14
1904	444	753	40	1	15
1905	500	755	19	4	14
1906	522	796	11	0	29
1907	611	929	21	0	41
1908	595	?	?		

Итого за 10 лѣтъ казнено 18 человѣкъ. Военными судами за убійства приговорено къ казни въ періодъ 1899—1907 гг.—42 чел.,

число же дѣйствительно казненныхъ неизвѣстно. Историческое изслѣдованіе статистики преступности и казней во Франціи приводитъ проф. Гарсонъ къ выводу, что „всѣ формы правленія дѣлали въ началѣ своего установленія частое употребленіе изъ смертной казни, а затѣмъ, спустя нѣкоторое время, примѣняли ее рѣже и рѣже". Объясняется это рѣзкимъ возрастаніемъ кровавыхъ преступленій въ началѣ новаго режима. Это систематически наблюдается въ 1830, 1848—51 гг. и въ 1870 г. Съ другой стороны, характерно для Франціи число преступленій убійства, оставшихся безъ преслѣдованія.

	1831—38.	1838—48.	1849—58.	1859—1868.
Осталось безъ преслѣдованія	7,919	9,074	7,809	5,998
Разсмотр. въ суд. порядкѣ	3,605	4,369	4,238	3,307
	1869—78.	1879—88.	1889—98.	1899—1905.
Осталось безъ преслѣдованія	6,945	6,980	6,363	4,751
Разсмотр. въ суд. порядкѣ	3,818	4,154	3,945	2,725

По мнѣнію проф. Демогъ, нельзя установить связи числа преступленій со смертною казнью. Число убійствъ уменьшается въ годы, когда смертная казнь примѣняется рѣдко. Предоставленіе смягчающихъ обстоятельствъ присяжными и помилованіе взаимно балансируютъ. Чрезмѣрное усиленіе одного отражается на ослабленіи другого. Замѣтно вымираніе казней женщинъ: съ 1880 г. было лишь два случая такихъ казней. Вспышка общественнаго мнѣнія въ пользу смертной казни въ 1908 г. объясняется нѣкоторымъ усиленіемъ преступности противъ жизни и частымъ примѣненіемъ права помилованія. Подъ вліяніемъ этого случаи смертныхъ приговоровъ съ 14 въ 1905 г. возвысились до 41 въ 1907 г., 127 составовъ присяжныхъ выразили пожеланіе болѣе частаго фактическаго примѣненія казни и одинъ милліонъ читателей одной газеты высказались принципіально въ пользу удержанія этого наказанія.

Статистика примѣненія смертной казни въ *Съверо-Американскихъ Штатахъ*, собранная Mac Donald, впервые обработала матеріалы объ этой странѣ. Мы не можемъ привести ихъ въ краткой передачѣ вслѣдствіе сложности американскихъ правовыхъ условій. Укажемъ только, что штаты, въ которыхъ смертная казнь отмѣнена (Мэнъ, Мичиганъ, Вискосинъ и Родъ-Айлэндъ), являются вмѣстѣ съ тѣмъ штатами съ наименьшимъ количествомъ убійствъ.

Число послѣднихъ здѣсь колеблется между 3 и 13 на 1 мил. жителей, достигая въ другихъ штатахъ 182 (Аризона) 142, (Невада), 103, (Луизіана) и пр. Въ 1890 г. въ Соединенныхъ Штатахъ было казнено 156 лицъ и линчевано 117. Въ 1904 г. приговорено къ казни 106 на 2,444 лицъ, осужденныхъ за убійство. Наибольшее число смертныхъ приговоровъ наблюдается въ сѣверной и восточной части Америки.

Данныя, представленныя Roos относительно *Трансвааля*, насчитывающаго около 300.000 бѣлаго населенія и болѣе 1.000.000 цвѣтного, показываютъ, что за періодъ 1902—1909 гг. было повѣшено за различныя преступленія 45 чел. и помиловано—47. Относительно *Гамбурга* Dr. Gennat сообщаетъ, что на 1.000.000 мѣстнаго населенія за 10 лѣтъ (1899—1909) было приговорено къ смертной казни 8 человѣкъ и изъ нихъ 4 казнено.

Результаты анкеты, почерпнутые изъ опыта указанныхъ странъ, показываютъ, что смертная казнь вымираетъ и что число преступленій противъ жизни не стоитъ въ прямой зависимости отъ суровости репрессіи. Отмѣна смертной казни, наоборотъ, способна вызвать пониженіе этого вида преступности.

Съ иного рода данными выступаетъ въ своемъ докладѣ относительно смертной казни въ *Россіи* М. М. Боровитиновъ. Сдѣлавъ обзоръ примѣненія смертной казни въ исторіи, онъ обращается затѣмъ къ событіямъ времени 1906—1909 гг.

„Первое примѣненіе висѣлицы,—пишетъ М. Боровитиновъ,—произошло въ маѣ 1905 г. къ убійцѣ вел. кн. Сергѣя. Число лицъ, подвергаемыхъ смертной казни, затѣмъ начало прогрессировать въ слѣдующіе мѣсяцы, и къ концу года достигло цифры 20. Какъ ни значительна послѣдняя цифра, тѣмъ не менѣе она является совершенно ничтожной по сравненію съ той, которая получилась бы, если бы всѣ виновные въ актахъ терроризма были приговорены къ казни. Большинство преступниковъ даже въ 1905 г. не было караемо смертью; кромѣ значительнаго числа убійцъ полицейскихъ и тюремныхъ надзирателей, были изъяты отъ смертной казни рядъ лицъ, виновныхъ въ посягательствѣ на жизнь высшихъ должностныхъ лицъ, какъ, напримѣръ, убійцы московскаго градоначальника графа Шувалова, губернатора Баку кн. Накашидзе и др. Распространяющаяся по странѣ анархія заставила правительство прибѣгнуть къ болѣе суровымъ мѣрамъ репрессіи, и оно сдѣлало въ этомъ направленіи новый шагъ въ 1906 г. Съ этого года смертная казнь была возстановлена во всемъ ея объемѣ, и такъ какъ эта мѣра

росла по мѣрѣ революціоннаго движенія, то число казненныхъ достигло въ 1907 г. колоссальной цифры—1.139 индивидовъ. Кризисъ, повидимому, прекратился въ 1908 г.—активныя силы революціи были разбиты, а остатки ихъ скрылись въ подполье. Но эти остатки революціонныхъ силъ продолжали свою разрушительную работу. Борьба открытая превратилась въ мародерство. Потерявъ надежду вырвать власть изъ рукъ правительства, эпигоны революціи, въ рядахъ которыхъ остались по преимуществу апаши, принялись за экспропріацію гражданъ, сопровождая свои разбои насиліемъ и убійствомъ. Поэтому въ 1908 и 1909 гг., хотя замѣчается паденіе числа смертныхъ приговоровъ, это паденіе все же еще очень ничтожно, и въ 1908 г. произведено 825 казней, а къ 1909—717".

Нѣсколько далѣе авторъ отчета приводитъ число актовъ терроризма параллельно съ числомъ казненныхъ.

Годы.	Число актовъ террора и разбоевъ.	ЧИСЛО УБИТЫХЪ, Должн. лицъ: убито,	ранено.	Частн. лицъ: убито,	ранено.	Число казней.	Отношеніе числа казней и смертныхъ приговоровъ.
1906	4,101	768	820	358	686	144	
1907	9,181	1,231	1,312	1,770	1,734	1,139	43%
1908	7,732	394	615	1,436	1,468	825	
1909	7,429	247	358	1,089	1,068	717	
	28,443	2,640	3,105	4,653	4,956	2,825	

За первую половину 1910 г. было постановлено 315 смертныхъ приговоровъ, изъ которыхъ приведены въ исполненіе 110.

Докладчикъ считаетъ вліяніе примѣненія смертной казни на сокращеніе преступности несомнѣннымъ и ссылается на данныя, представленныя въ 1906 г. въ Государственный Совѣтъ относительно числа чиновъ полиціи, убитыхъ въ Ригѣ въ 1904—1905 гг., которыя значительно сократились послѣ широкаго примѣненія смертной казни. Онъ высказываетъ положеніе, что „вообще преступленія политическаго характера требуютъ въ революціонные періоды болѣе, чѣмъ другія преступленія, примѣненія смертной казни", причемъ спѣшитъ оговориться, что принадлежность къ крайнимъ политическимъ партіямъ не должна разсматриваться какъ преступленіе заслуживающее смертной казни. Онъ отмѣчаетъ поворотъ, наступившій, по его мнѣнію, въ печати и въ обществѣ въ пользу при-

мѣненія смертной казни и констатируетъ то, что начинаютъ раздаваться сѣтованія по поводу того, что многія тяжкія преступленія, не наказываются у насъ смертною казнью. Интересъ къ ея примѣненію упалъ въ широкихъ кругахъ населенія, несмотря на всѣ усилія оппозиціонной печати. Въ заключеніе авторъ доклада говоритъ, что борьба противъ смертной казни не должна быть односторонней, а идти параллельно съ борьбой противъ пролитія крови вообще, и отмѣна казни допустима только тогда, когда отвращеніе къ пролитію крови во всякой формѣ вкоренится въ широкіе слои населенія.

С.-Петербургское юридическое общество сознавало, еще не зная доклада М. М. Боровитинова, какъ важно, чтобы при ознакомленіи съ положеніемъ вопроса о смертной казни въ Россіи западно-европейское общественное мнѣніе не получило бы ошибочнаго представленія о дѣйствительности вслѣдствіе пользованія односторонними матеріалами. Для этой цѣли еще въ февралѣ была образована спеціальная комиссія, работавшая до мая 1910 г. и подготовившая рядъ докладовъ. По вопросу о смертной казни были составлены слѣдующіе доклады:

1) О статистикѣ смертной казни, написанный *О. О. Грузенбергомъ;* 2) о дѣяніяхъ, караемыхъ смертной казнью по русскому праву—*В. Д. Кузьмина-Караваева*; 3) о способѣ совершенія смертной казни *В. Д. Набокова*; 4) о фактическомъ примѣненіи казней и самоубійствахъ приговоренныхъ къ казни—*Е. М. Кулишера*; 5) о смертной казни въ литературѣ русскаго уголовнаго права—*С. А. Друцкого*; 6) о смертной казни и общественномъ мнѣніи—*П. И. Люблинскаго* и 7) объ отношеніи законодательныхъ учрежденій къ вопросу о смертной казни—*В. Б. Станкевича* и *С. А. Друцкого* [1]).

Комиссія ставила себѣ цѣлью строго объективное изложеніе и систематизацію громадныхъ матеріаловъ, накопившихся въ этой области, стремилась повсюду получить наиболѣе точныя данныя и устранить субъективную оцѣнку. Собранныя ею статистическія данныя о числѣ казней совершенно совпали съ тѣми, которыя содержались въ отчетѣ М. Боровитинова, но были разработаны значительно болѣе детально. Изучая эти доклады можно видѣть, что далеко не только пролитіе крови служило основаніемъ къ примѣненію смертной казни: она назначалась и за простыя угрозы, и за

[1]) Доклады эти напечатаны въ т. IV трудовъ юридическаго общества.

ослушаніе или сопротивленіе дѣйствіямъ правительства, и за поврежденіе имущества и за грабежъ безъ насилія; что примѣненіе казней не только не понижало, но часто значительно обостряло преступность; что „поворотъ общественнаго мнѣнія и равнодушіе къ вопросу о смертной казни“ есть иллюзія, создавшаяся подъ вліяніемъ административно-репрессивныхъ мѣръ, примѣняемыхъ противъ проявленій оппозиціоннаго общественнаго мнѣнія; что ни въ одной странѣ не было такого единодушія въ осужденіи казней и т. д. Кромѣ докладовъ, конгрессу въ Вашингтонѣ была представлена для распредѣленія между членами переведенная на французскій языкъ книга „Мнѣнія русскихъ криминалистовъ о смертной казни“.

Докладчикъ по вопросу о смертной казни E. C. Wines очень подробно остановился на положеніи этой мѣры въ Россіи. Онъ перечислилъ тѣ дѣянія, которыя могутъ повлечь примѣненіе этой мѣры въ Россіи, отмѣтилъ ужасающій ростъ числа казней, подробно обрисовалъ исключительный порядокъ ея примѣненія, способы исполненія. Рѣчь E. C. Wines нашла себѣ подробные комментаріи въ американскихъ газетахъ, которыя далеко не были успокоены объясненіями начальника нашего тюремнаго вѣдомства.

По другому вопросу анкеты—о методахъ постройки небольшихъ тюремъ—были сдѣланы сообщенія англійскимъ инженеромъ Роджерсомъ и американскимъ инженеромъ Karekin'ымъ. Во время ихъ демонстрировался также планъ громаднаго пенитенціарія, сооружаемаго въ настоящее время на мѣсто тюрьмы Сингъ-Сингъ.

Лекція Роджерса, прочитанная еще на конференціи въ Мансфильдѣ, касалась по преимуществу методовъ постройки и расположенія камеръ. Онъ осуждалъ американскую систему камеръ безъ оконъ, съ большими дверями, выходящими въ коридоръ; они имѣютъ мало свѣта и дѣлаютъ заключеннаго болѣе нервнымъ. Мнѣнія его были оспариваемы Doxen'омъ изъ Канады. Другой докладчикъ Karekin остановился на вопросахъ объ избраніи мѣста для тюрьмы, о характерѣ и формѣ постройки, о спеціальныхъ особенностяхъ, характеризующихъ постройку тюрьмы, и о типѣ камеръ. Онъ указывалъ на необходимость расположенія тюрьмы фронтомъ къ солнцу, чтобы пользоваться солнечнымъ свѣтомъ наибольшее количество часовъ, и отдавалъ предпочтеніе цементной постройкѣ предъ желѣзной и кирпичной. Кирпичная постройка всегда составляетъ искушеніе для взломовъ и служитъ гнѣздомъ для паразитовъ; желѣзная слишкомъ шумна и производитъ впечатлѣніе клѣтки; цементная и дешевле, и легче можетъ быть построена руками са-

михъ заключенныхъ; она легче поддерживается въ чистотѣ и болѣе огнеупорна. Изъ различныхъ системъ расположенія келій (въ видѣ звѣзды и въ видѣ отдѣльныхъ прямыхъ корпусовъ), онъ отдаетъ предпочтеніе послѣдней. Европейская система камеръ съ окнами, выходящими наружу, ему кажется также цѣлесообразной. Въ заключеніе онъ остановился на нѣкоторыхъ особенностяхъ тюремныхъ построекъ, вызываемыхъ конгрессами безопасности и гигіены.

V.

Согласно обычаямъ международныхъ тюремныхъ конгрессовъ, параллельно съ засѣданіями конгресса, предназначенными только для членовъ его, происходили и публичныя лекціи, на которыя имѣла доступъ и широкая публика. Эти лекціи происходили и въ Вашингтонѣ въ аудиторіи отеля Нью-Виллардъ.

Изъ прочитанныхъ лекцій обращала на себя вниманіе лекція Kirchway, профессора Колумбійскаго университета въ Нью-Іоркѣ,— „О вліяніи изученія результатовъ тюремнаго заключенія на уголовное право и судебныя рѣшенія". Просматривая тысячелѣтнее развитіе уголовнаго права, докладчикъ находитъ, что волна суровости или, наоборотъ, гуманности въ области законодательства идетъ параллельно съ дѣйствительностью наказаній. Она опредѣляется не общественнымъ мнѣніемъ въ цѣломъ, ибо это мнѣніе неопредѣленно и отчасти косно, а мнѣніемъ руководящихъ классовъ, какъ то показалъ Дайси на примѣрѣ англійскаго законодательства 19-го вѣка. Въ области уголовнаго законодательства такими руководящими классами являются судьи, обвинители, адвокатура. Въ своихъ выступленіяхъ они прежде всего опредѣляются тѣми фактическими наблюденіями, которыя они выносятъ изъ дѣйствія тюремной системы. Задачи тюрьмы можно разсматривать съ нѣсколькихъ точекъ зрѣнія: 1) на нее можно смотрѣть какъ на возмездіе за нарушенный порядокъ и оскорбленное достоинство государства или какъ выраженіе порицанія за учиненное преступленіе; 2) какъ на примѣръ для самихъ преступниковъ, удерживающій и другихъ отъ учиненія преступленій; 3) какъ на спасительное поученіе преступнику, указывающее, что пути преступности суровы и тяжелы; 4) какъ на принудительное средство задержанія преступника, мѣшающее ему во время заключенія продолжать свою преступную дѣятельность; 5) какъ на средство нравственнаго искупленія, очищающаго душу страданіемъ; 6) какъ на средство,

ломающее привычки и связи преступника, приведшія его къ преступленію; 7) какъ на средство, дающее возможность помѣстить преступника подъ дѣйствіе новыхъ и болѣе благотворныхъ вліяній въ надеждѣ сдѣлать его полезнымъ сочленомъ общества.

Теоріи эти всѣ до извѣстной степени имѣютъ основаніе, и роль изслѣдователя должна состоять въ примиреніи ихъ, а не въ установленіи исключительнаго господства той или иной изъ нихъ.

Первая теорія—теорія возмездія—должна входить въ систему наказанія, какъ дающая исходъ здоровой реакціи противъ преступленія и поддерживающая чувство отвѣтственности. Но для правильнаго установленія объема этой отвѣтственности мы должны изучать, съ одной стороны, соціальную и личную исторію дѣятеля, включая его наслѣдственность и патологію, а, съ другой стороны, изучать психологію толпы и дѣйствіе существующей системы наказаній на нравственное чувство общества, что покажетъ, до какихъ границъ мы можемъ идти въ смягченіи идеи личной отвѣтственности.

Вторая теорія—примѣрности наказанія—защищалась такими авторитетами, какъ Дю-Канъ и Коксъ. Она нашла свое выраженіе въ словахъ одного англійскаго судьи, сказавшаго преступнику при вынесеніи приговора: „Вы приговорены къ висѣлицѣ не потому, что вы украли лошадь, а для того, чтобы другіе не крали лошадей“. Эта теорія предполагаетъ доказаннымъ одно положеніе, которое на самомъ дѣлѣ еще нуждается въ доказательствѣ: именно, что страданія, въ особенности чрезмѣрныя страданія, постигающія однихъ, удерживаютъ другихъ отъ учиненія того же. На самомъ дѣлѣ часто подъ вліяніемъ жестокостей развивается безразсудная смѣлость, крайняя пренебрежительность къ послѣдствіямъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и ненависть къ закону вслѣдствіе его несправедливости.

Третья теорія—объ устрашающемъ вліяніи наказанія на самого преступника—опровергается, какъ исключительная теорія, данными уголовной статистики, показывающими, что въ нѣкоторыхъ странахъ болѣе 50% являются рецидивистами. Изученіе тюремнаго режима и вліянія его на заключеннаго есть необходимое условіе для изученія того, до какой степени правильна эта теорія.

Теорія лишенія преступника возможности наносить дальнѣйшій вредъ находитъ свое примѣненіе только для долгосрочнаго заключенія закоренѣлыхъ преступниковъ. Эта теорія слишкомъ элементарна, игнорируя болѣе сложныя задачи наказанія.

Теорія нравственнаго очищенія, находящая часто отраженіе въ судебныхъ приговорахъ, основывается на приданіи нормамъ

закона нравственнаго характера. Но для того, чтобы такое очистительное дѣйствіе могло имѣть мѣсто, нужно не только опредѣленное настроеніе духа, но и надлежащая обстановка, оздоровляющая духъ и превращающая правила тюремной дисциплины въ средство моральнаго возрожденія.

Теорія разрыва со старыми привычками и дурными товарищами, къ сожалѣнію, мало пригодна для современныхъ тюремъ, гдѣ часто заводятся еще болѣе порочныя связи и привычки. Но, если заключенный изъятъ отъ вліянія нравственной заразы въ мѣстѣ заключенія и поставленъ подъ дѣйствіе моральныхъ факторовъ, то этотъ принципъ имѣетъ большое значеніе. Изученіе окружающихъ индивида соціальныхъ условій можетъ дать данныя о томъ, сколь продолжителенъ долженъ быть періодъ изолированія отъ внѣшней среды, толкавшей его на преступленія.

Принципъ исправленія, повидимому, обезпечиваетъ и другимъ цѣлямъ возможность ихъ осуществленія и дѣлаетъ ихъ жизненными при своемъ содѣйствіи. Онъ не предполагаетъ, что всѣ преступники доступны исправленію и могутъ быть сдѣланы снова добрыми гражданами, но онъ считаетъ, что упорное воздѣйствіе въ цѣляхъ улучшенія среды и характера заключеннаго окажетъ всегда извѣстное дѣйствіе. Примѣненіе этого принципа открываетъ широкое поле для изученія человѣческихъ характеровъ и ихъ нормальныхъ и ненормальныхъ проявленій, изученія тюремной среды и вліянія ихъ на моральную личность человѣка.

Изученіе условій тюремнаго заключенія началось лишь въ теченіе 19-го вѣка. Только съ прекращеніемъ австралійской ссылки въ Англіи начались первые шаги въ этой области. Въ Америкѣ такою датой является учрежденіе въ 1869 г. реформаторіи въ Эльмайрѣ. Можно видѣть, какъ губительные результаты прежней тюремной системы привели къ появленію въ уголовномъ законодательствѣ неопредѣленныхъ приговоровъ, условнаго осужденія, досрочнаго освобожденія; какъ развращающее вліяніе общей тюрьмы привело къ созданію судовъ для несовершеннолѣтнихъ. Такимъ образомъ можно прослѣдить связь дѣйствія тюрьмы съ законодательствомъ. Опытъ показываетъ, что къ дальнѣйшему развитію предназначены только тѣ цѣли, которыя связаны съ примѣненіемъ исправительнаго режима, и, хотя ближайшее будущее представитъ намъ данныя о трудной исправимости нѣкоторыхъ категорій преступниковъ, тѣмъ не менѣе нельзя и думать о возвращеніи ко времени суровыхъ и мстительныхъ каръ. Духъ братства, нало-

жившій свою печать на тюремный режимъ, отсюда перейдетъ въ суды и въ широкіе круги общественной жизни.

Другая изъ прочитанныхъ лекцій, лекція проф. Vambery изъ Будапешта, представляла большой практическій интересъ.

Vambery остановился на вопросѣ о профессіональной подготовкѣ лицъ тюремной администраціи. По мнѣнію докладчика, сложныя задачи, возлагаемыя на современную тюрьму, заставляютъ оставить старую систему вербованія тюремной администраціи изъ случайныхъ элементовъ. Смотритель стараго времени одинаковыми глазами смотрѣлъ на всѣхъ заключенныхъ, между тѣмъ въ настоящее время необходима строгая индивидуализація, основанная на изученіи потребностей и свойствъ различныхъ категорій (малолѣтнихъ, случайныхъ преступниковъ, трудно-исправимыхъ и т. д.). Отъ тюремнаго чиновника слѣдуетъ требовать двухъ качествъ: 1) здороваго характера и профессіональнаго опыта и 2) такта и искусства. Если при выборѣ людей, обладающихъ извѣстнымъ характеромъ, мы въ извѣстной степени подвержены случайностямъ, то для второго условія—профессіональной подготовки мы можемъ гарантировать себя болѣе надежно. Въ Англіи и Америкѣ, гдѣ нѣтъ спеціальныхъ школъ для такой подготовки, она пріобрѣтается путемъ служебнаго опыта, при чемъ Борсталь или роформаторіи служатъ для того хорошей школой. Все же и здѣсь замѣчается, по мнѣнію многихъ авторитетовъ, вредъ отъ отсутствія теоретическихъ знаній. Если мы ставимъ тюремное начальство въ близкое соприкосновеніе съ заключенными, мы должны сдѣлать его болѣе подготовленнымъ. Особыя школы для тюремныхъ чиновниковъ существуютъ въ Италіи, Испаніи и Венгріи. Въ 1874 г. д-ръ Гильомъ организовалъ такіе курсы въ Швейцаріи, которые принесли большую пользу. Въ особенности такая подготовка необходима для начальниковъ тюремъ. Въ Японіи, напр., ихъ обучаютъ тюремной наукѣ, уголовному праву, уголовной психологіи, тюремной гигіенѣ, антропометріи, статистикѣ, принципамъ политическаго и гражданскаго законодательства и педагогикѣ для примѣненія къ малолѣтнимъ преступникамъ. Въ такихъ лекціяхъ участвуетъ до 15 преподавателей. Въ Испаніи такой курсъ проходится въ теченіе двухъ лѣтъ. Въ Венгріи также имѣются двухлѣтніе курсы, при чемъ ежегодно посвящается 10 недѣль, по шесть часовъ ежедневно, для такихъ лекцій. Послѣ прослушанія лекцій слушатели сдаютъ конкурсныя испытанія. Наиболѣе простымъ способомъ явилось бы присоединеніе къ университетамъ особыхъ курсовъ пенологіи, крими-

нологіи и уголовной психологіи. Это позволило бы судьямъ и тюремнымъ чиновникамъ получить знанія, полезныя для нихъ. Въ Римѣ, Туринѣ и Неаполѣ уже созданы особыя каѳедры уголовной антропологіи. Въ Германіи кое-гдѣ организуются лекціи для тюремныхъ чиновниковъ. Только во Франціи еще не сдѣлано никакихъ шаговъ въ этомъ направленіи. Докладчикъ выражаетъ пожеланіе, чтобы подобные курсы нашли себѣ мѣсто повсюду.

Кромѣ этихъ лекцій были прочитаны популярные отчеты о состояніи тюремнаго дѣла и тюремныхъ реформахъ во Франціи—начальникомъ французскихъ тюремъ Mr. Schrameck, въ Голландіи—проф. Van der Aa и Японіи—начальникомъ японскихъ тюремъ Mr. Tanashi Sanagi.

Вашингтонскій конгрессъ закончился краткимъ обзоромъ выполненныхъ работъ, сдѣланнымъ проф. Гендерсономъ, и обычными благодарностями, которыя на этотъ разъ носили особенно сердечный характеръ. Въ теченіе долгаго совмѣстнаго пути, сплотившись въ тѣсную группу на чужбинѣ, делегаты почти въ теченіе цѣлаго мѣсяца образовывали дружную научную семью, жившую одними интересами и одною общею жизнью. Непринужденность и гостепріимство американцевъ устранили обыкновенно чувствовавшееся раньше различіе между оффиціальными и неоффиціальными делегатами и съумѣли сгладить всѣ соціальныя и національныя различія. На долгихъ раутахъ и обѣдахъ они вливали живую струю веселья; въ скучные часы дороги они образовывали интересные кружки собесѣдниковъ. Припоминается, напр., вечеръ въ одномъ изъ клубовъ Мансфильда, когда утомленные осмотрами и поѣздкою делегаты устроили импровизированный концертъ, на которомъ каждая нація выступала со своими пѣснями, когда почтенные делегаты учились пѣть популярный Vankee Doodle и слушали безконечные американскіе анекдоты, которые не позволяли веселью умолкнуть ни на минуту. Каждый изъ делегатовъ пріобрѣлъ много друзей въ гостепріимной Америкѣ.

Нѣкоторые изъ американскихъ дѣятелей, участвовавшихъ въ конгрессѣ, заслуживаютъ того, чтобы здѣсь быть упомянутыми особо.

Необыкновенно привлекательную и сильную личность представлялъ собою предсѣдатель конгресса проф. Ch. R. Henderson. Пасторъ по первоначальной профессіи, докторъ философіи Лейпцигскаго университета, онъ много времени и работы удѣлялъ вопро-

самъ соціологіи и издалъ въ Америкѣ рядъ получившихъ широкую извѣстность трудовъ въ этой области. Съ открытіемъ университета въ Чикаго онъ былъ приглашенъ на кафедру соціологіи, которую занимаетъ и по настоящее время. За послѣдніе годы онъ много писалъ по тюремнымъ вопросамъ, лично посѣтилъ европейскія тюрьмы и издалъ о нихъ спеціальную работу. Его перу принадлежитъ цѣлый томъ коллективнаго изданія «Correction and Prevention», посвященный методамъ предупрежденія. Страстный и вмѣстѣ съ тѣмъ величественный ораторъ, неутомимый въ произнесеніи рѣчей, онъ неоднократно увлекалъ собраніе своимъ мощнымъ, отчеканеннымъ словомъ. На одномъ изъ обѣдовъ въ Вашингтонѣ, когда онъ говорилъ о тѣхъ урокахъ, какіе должна Америка извлечь изъ этого конгресса, и о будущемъ карательной системы вообще, Рикль де Бели, бывшій президентомъ пенитенціарной комиссіи въ Будапештѣ, взволнованно подбѣжалъ къ нему и поцѣловалъ. Это выраженіе нѣжной симпатіи и восторга было встрѣчено громомъ аплодисментовъ, такъ какъ вполнѣ гармонировало съ общимъ настроеніемъ. Занятый множествомъ заботъ, проф. Гендерсонъ не забывалъ ни объ одномъ изъ делегатовъ и старался удовлетворять всѣ нужды и запросы, обращенные къ нему. Онъ твердой рукою велъ засѣданія и блестяще довелъ этотъ многочисленный конгрессъ до конца. Выше мы привели полностью одну изъ его рѣчей, которая показываетъ какъ высоко онъ ставилъ задачи конгресса и какъ его участіе одухотворяло дѣятельность его членовъ.

Другимъ участникомъ конгресса, привлекавшимъ общее вниманіе, былъ почтенный Z. R. Brockway. Восьмидесятичетырехлѣтній старецъ, сохранившій однако свѣжесть темперамента, онъ внимательно прислушивался къ занятіямъ конгресса. Когда въ первой секціи обсуждался вопросъ о неопредѣленныхъ приговорахъ, онъ часто навѣщалъ ее и безмолвно слѣдилъ за спорящими. При посѣщеніи Эльмайры онъ радушно встрѣчалъ делегатовъ. Ему Эльмайра обязана своимъ возникновеніемъ, и даже болѣе—только изъ довѣрія къ нему нью-іоркское правительство рѣшилось на этотъ экспериментъ, который оно признавало опаснымъ. Уже тогда Броквэй имѣлъ большой опытъ въ области тюремнаго дѣла и былъ членомъ центральнаго управленія нью-іоркскихъ тюремъ. Въ теченіе болѣе четверти столѣтія своего управленія реформаторіей онъ успѣлъ выработать разумную систему дисциплины; работы его въ этой области до сихъ поръ остаются образцовыми. И когда другой патріархъ конгресса, д-ръ Гильомъ изъ Берна, секретарь пенитенціарной ко-

миссіи, удостоенный на конгрессѣ высшей чести—избранія въ почетные президенты международной комиссіи, кланялся ему, говоря: „Я посѣтилъ Мекку—и теперь могу умереть спокойно", то чувствовалось, что этотъ идеализмъ престарѣлыхъ дѣятелей тюремной реформы являетъ собою высокій примѣръ для болѣе молодыхъ работниковъ послѣ той полосы скептицизма, которая была очень модна въ этой области. Броквэй отождествилъ свои методы съ неопредѣленными приговорами: „Потребностью времени",—говорилъ онъ въ своей рѣчи на конгрессѣ,—„которой должны посвятить себя руководители тюремныхъ учрежденій, является болѣе тщательная и научно поставленная система исправленія; съ достиженіемъ ея возстановится общественное довѣріе къ тюрьмѣ и будетъ заложенъ правильный фундаментъ—дѣйствительно неопредѣленные приговоры вмѣсто теперешней системы такъ называемыхъ неопредѣленныхъ приговоровъ. Можетъ быть, и хорошо, пока происходятъ реформы тюремнаго строя, ввести нѣкоторыя ограниченія, хотя бы они вообще были вредными. Нужно разъ навсегда признать, что законы должны помѣщать въ реформаторіи людей, когда они являются опасными на свободѣ, и здѣсь они должны оставаться, пока они станутъ дѣйствительно безвредными. Только тогда система реформаторій окажется дѣйствительно репрессивной и оправдаетъ труды и деньги, затраченныя на нее государствомъ". Принятіе резолюціи о неопредѣленныхъ приговорахъ конгрессомъ было днемъ торжество Броквэя, какъ почетнаго предсѣдателя Вашингтонскаго конгресса.

На ряду съ этимъ ветераномъ реформы слѣдуетъ поставить и F. H. Wines, сына основателя международныхъ пенитенціарныхъ конгрессовъ. Онъ также былъ участникомъ перваго конгресса въ Лондонѣ и болѣе 40 лѣтъ уже работаетъ въ области борьбы съ преступностью. Его перу принадлежитъ извѣстная книга „Punishment and Reformation", являющаяся настольной книгой каждаго американскаго криминалиста. Въ качествѣ начальника бюро федеральной статистики, онъ обработалъ уголовную статистику трехъ послѣднихъ переписей. Нынѣ д-ръ Вайнсъ стоитъ во главѣ многихъ организацій и является издателемъ журнала «Institution Quarterly», посвященнаго тюремной реформѣ. На конгрессѣ онъ суммировалъ доклады о смертной казни и въ первой секціи поддерживалъ американскую точку зрѣнія на неопредѣленные приговоры. Въ коллективномъ трудѣ американскихъ тюрьмовѣдовъ имъ написаны очерки тюремной реформы.

Видное мѣсто въ числѣ участниковъ конгресса занимала вдова

покойнаго Барровса, M-rs I. C. Barrows,я избранна вице-предсѣдательницей конгресса и представляющая собою одинъ изъ лучшихъ образчиковъ американской женщины. Мы касались ея ранней дѣятельности въ біографіи ея мужа. Послѣ его смерти она продолжаетъ его работу. Она редактируетъ „Survey"—большой еженедѣльный журналъ, посвященный вопросамъ соціальной работы, пишетъ статьи по тюремному вопросу (ея перу принадлежитъ много статей въ изданіи Correction and Prevention) и занимается широкой общественной дѣятельностью. Въ конгрессѣ она принимала самое живое участіе. Вмѣстѣ съ делегатами она совершила долгую поѣздку и служила имъ примѣромъ. Секція о несовершеннолѣтнихъ обязана ей многими своими резолюціями. Она сдѣлала на англійскомъ языкѣ извлеченіе изъ всѣхъ докладовъ для ознакомленія съ ними американскихъ членовъ. Съ каждымъ изъ иностранныхъ делегатовъ она находила время для задушевной бесѣды, и ея перу принадлежитъ очеркъ, содержащій характеристику каждаго. Чуткое сердце и неослабѣвшая съ годами энергія привлекли къ ней общія симпатіи.

О многихъ американцахъ, не говоря уже о европейскихъ делегатовъ, хотѣлось бы еще сказать нѣсколько словъ: объ энергичномъ предсѣдателѣ американской тюремной ассоціаціи, Amos W. Butler, благодаря дѣятельности котораго въ качествѣ секретаря тюремной и благотворительной комиссіи въ Индіанѣ этотъ штатъ занялъ одно изъ первыхъ мѣстъ по своимъ карательнымъ учрежденіямъ; M-r Butler являлся надежнымъ гидомъ по всѣмъ американскимъ учрежденіямъ, дѣятельно объяснившимъ многое европейцамъ; о милѣйшемъ казначеѣ F. H. Mills, обладающемъ неисчерпаемымъ источникомъ благодушія, чьими заботами не мало пришлось пользоваться каждому; о M-rs Katharine Bement Dawis, докторѣ Чикагскаго университета, руководительницѣ большой женской реформаторіи въ Бэдфордѣ, одной изъ самыхъ передовыхъ американскихъ женщинъ. Но трудно перечесть всѣхъ тѣхъ, кто оставилъ по себѣ память у европейскихъ участниковъ конгресса.

Нужно надѣяться, что установившееся тѣсное сближеніе между американскими и европейскими тюрьмовѣдами, богатое послѣдствіями для обѣихъ сторонъ, не порвется, а будетъ развиваться. Надежду на это даетъ, между прочимъ, и то обстоятельство, что мѣстомъ будущаго конгресса въ 1915 г. избранъ Лондонъ, куда, безъ сомнѣнія, пріѣдутъ многіе изъ американскихъ сочленовъ. Предсѣдатель англійской тюремной комиссіи, талантливый Sir Evelyn Ruggles

Brise, на съѣздѣ передалъ приглашеніе короля Георга V на 1915 г., которое было принято всѣми съ живѣйшей радостью. Англіи суждено сыграть роль страны, сближающей Европу съ Америкой. Въ ней уже отчасти осуществлены и система испытанія подъ наблюденіемъ особыхъ должностныхъ попечителей, и система реформаторій, начавшаяся въ Борсталѣ, введены и относительно неопредѣленные приговоры актомъ о предупрежденіи преступленій 1908 г. Ближайшее будущее еще болѣе разовьетъ эти зачатки. И черезъ пять лѣтъ европейскіе делегаты сумѣютъ ознакомиться съ результатами прививки американскихъ идей на европейской почвѣ. Взаимодѣйствіе, создавшееся въ Вашингтонѣ, не прекратится, а почерпнетъ новыя могучія силы. Но пусть и въ другихъ странахъ въ теченіе этого времени духъ гуманности и стойкая вѣра въ дѣйствительность воспитательныхъ началъ примѣнительно къ преступникамъ, почерпнутая руководителями тюремнаго дѣла и научными и общественными дѣятелями Европы въ Америкѣ, не будутъ положены подъ спудъ, а будутъ дѣйственно прокладывать себѣ пути въ жизни.

Приложеніе.

Резолюціи, принятыя на Вашингтонскомъ конгрессѣ.

Первая секція.

Уголовное законодательство.

Вопросъ I.

Если признать, что система приговоровъ на неопредѣленный срокъ можетъ разумно быть согласована съ основными началами уголовнаго правосудія, то—

а) по отношенію къ какой категоріи преступниковъ слѣдовало бы примѣнять приговоры на неопредѣленный срокъ, и какія категоріи должны быть изъяты отъ примѣненія этой системы?

б) какимъ образомъ можно было бы, безъ ущерба для личной свободы, примѣнять такіе приговоры безъ установленія максимума и минимума?

Если будетъ установлено, что система приговоровъ на неопредѣленный срокъ не согласуется съ основными принципами личной свободы, то не слѣдуетъ ли рекомендовать принятіе въ качествѣ мѣры, восполняющей обыкновенное наказаніе, нѣкоторыхъ дополнительныхъ ограниченій для опредѣленныхъ индивидовъ? Въ случаѣ

утвердительнаго рѣшенія, желательно знать, въ какихъ случаяхъ и какъ они должны быть примѣняемы?

Резолюція.

1) Конгрессъ одобряетъ научный принципъ приговоровъ на неопредѣленный срокъ.

2) Приговоры на неопредѣленный срокъ должны быть примѣняемы къ лицамъ, имѣющимъ моральные или умственные дефекты (moralement ou mentalement défectueux).

3) Кромѣ того принципы приговоровъ на неопредѣленный срокъ должны быть примѣняемы какъ существенная часть воспитательной системы по отношенію къ преступникамъ, въ особенности юнымъ, нуждающимся въ воспитательномъ воздѣйствіи [1]), преступленія которыхъ вызваны главнымъ образомъ причинами, зависящими отъ характера индивида (circumstances of an individual character).

4) Введеніе этой системы требуетъ:

I. Чтобы господствующія идеи о виновности и наказаніи не стояли въ противорѣчіи съ понятіемъ приговоровъ на неопредѣленный срокъ;

II. Чтобы была обезпечена индивидуализація режима для заключенныхъ;

III. Чтобы совѣтъ, рѣшающій объ освобожденіи (board of parole or conditional release), былъ организованъ такимъ образомъ, какой исключаетъ всякое воздѣйствіе извнѣ, въ видѣ комиссіи, въ которой принимаютъ участіе по крайней мѣрѣ одинъ представитель судебнаго вѣдомства, одинъ представитель тюремной администраціи и одинъ представитель врачебной науки.

Установленіе максимальнаго предѣла наказаній рекомендуется только въ томъ случаѣ, когда то необходимо вслѣдствіе новизны системы и недостатка въ опытѣ.

Вопросъ 2.

Можно ли, и какимъ именно способомъ, обезпечить за приговорами по уголовнымъ дѣламъ, постановляемыми иностранными судами, силу въ отношеніи рецидива, праволишеній, проистекающихъ отъ осужденія, и пр.?

Резолюція.

1. Подданный, осужденный за общеуголовное дѣло (crime ou délit du droit commun) за границей, долженъ подлежать въ своемъ отечествѣ всѣмъ ограниченіямъ и праволишеніямъ (déchéances, incapacités et interdictions), которымъ онъ подвергся бы, если бы

---

[1]) Здѣсь между французскимъ и англійскимъ текстомъ допущено сознательное различіе. Въ первомъ говорится о système éducatif, во второмъ—о reformatory system. Оно объясняется болѣе широкимъ значеніемъ, которое присуще слову reformatory въ англійскомъ языкѣ.

былъ осужденъ здѣсь; при современномъ состояніи международнаго права конгрессъ не требуетъ, чтобы эти ограниченія и праволишенія являлись непосредственнымъ результатомъ иностраннаго приговора, но предлагаетъ, чтобы они были примѣняемы въ порядкѣ спеціальнаго процесса (action en déchéance) судами національности преступника.

2. Этотъ спеціальный процессъ можетъ быть распространяемъ и на тѣ случаи, когда иностранецъ будетъ осужденъ за общеуголовное преступное дѣяніе за границей.

3. Судъ, разсматривающій дѣло, можетъ признать рецидивистомъ лицо, ранѣе осужденное иностраннымъ судомъ за общеуголовное преступное дѣяніе, и счесть предшествующее осужденіе имѣющимъ въ этомъ отношеніи такую же силу, какъ если бы оно было постановлено судомъ даннаго государства.

4. Между всѣми цивилизованными государствами должно быть достигнуто соглашеніе о томъ:

а) чтобы каждое государство получало отъ другихъ извѣщенія объ обвинительныхъ приговорахъ, постановленныхъ судебными мѣстами этихъ государствъ по отношенію къ его подданнымъ;

б) чтобы каждое государство сообщало другимъ бюллетени объ осужденныхъ за общеуголовныя дѣянія въ случаѣ требованія, заявленнаго судебною властью.

5. Слѣдуетъ заняться разсмотрѣніемъ вопроса объ организаціи международнаго информаціоннаго бюро для собиранія справокъ о судимости и карточекъ, устанавливающихъ тождество личности преступниковъ.

Приведенныя резолюціи не примѣняются къ политическимъ преступленіямъ.

Кромѣ того, конгрессъ выражаетъ пожеланіе, чтобы на слѣдующей сессіи были подвергнуты обсужденію вопросы о томъ:

1. Должны ли имѣть силу праволишенія, назначенныя въ одномъ государствѣ, во всѣхъ остальныхъ государствахъ.

2. Должно ли принимать во вниманіе для установленія рецидива, при возбужденіи вопроса о досрочномъ условномъ освобожденіи, преступленія, установленныя въ другой странѣ.

3. Должно ли быть организовано бюро для международной разсылки уголовныхъ приговоровъ, постановленныхъ всѣми государствами.

Вопросъ 3.

Не слѣдовало ли бы, для противодѣйствія склонности преступниковъ объединяться въ сообщества, образовать изъ всякаго преступнаго соглашенія или соучастія особый деликтъ или, по крайней мѣрѣ, сдѣлать соучастіе обстоятельствомъ, усиливающимъ отвѣтственность?

Резолюціи.

1. Созданіе изъ каждаго предварительнаго преступнаго соглашенія особаго деликта не соотвѣтствуетъ духу уголовнаго права.

2. Принимая во вниманіе возрастаніе числа преступленій, учиненныхъ лицами, дѣйствовавшими сообща, а также то обстоятельство, что такія преступленія учиняются главнымъ образомъ привычными преступниками, т. е. лицами, наиболѣе опасными для общества, конгрессъ признаетъ желательнымъ разсматривать соучастіе какъ отягчающее вину обстоятельство и предоставить власть судьѣ увеличивать наказаніе въ такихъ случаяхъ.

Вторая секція.

Пенитенціарные вопросы.

Вопросъ 1.

Въ чемъ заключаются основныя начала современной системы реформаторіи, и какіе раціональные методы должны быть проведены въ ея организаціи? Должно ли ограничивать примѣненіе этой системы возрастнымъ предѣломъ или другими признаками? Въ случаѣ утвердительнаго рѣшенія, укажите, каковы должны быть эти признаки?

Не слѣдуетъ ли признать необходимость особаго режима для юныхъ преступниковъ (отъ 16 до 21 года или до 23 лѣтъ), хотя бы и рецидивистовъ, въ виду возможности воспитательнаго воздѣйствія на такихъ лицъ и искорененія порочныхъ наклонностей у нихъ посредствомъ особыхъ методовъ физическаго, умственнаго и моральнаго воздѣйствія. При утвердительномъ рѣшеніи, не слѣдуетъ ли признать цѣлесообразнымъ предоставленіе судамъ права назначать спеціальное наказаніе.

а) достаточно продолжительное для того, чтобы дать возможность осуществить всѣ мѣры воспитательнаго режима;

б) допускающее примѣненіе въ надлежащемъ объемѣ условнаго досрочнаго освобожденія?

Резолюція.

А. Современная система реформаторій основывается на слѣдующихъ началахъ:

1. Никто, каковы бы ни были его возрастъ и прошлая судимость, не можетъ быть разсматриваемъ какъ человѣкъ, неспособный къ исправленію.

2. Общество заинтересовано не только въ томъ, чтобы примѣнить къ преступнику приговоръ, имѣющій характеръ возмездія и устрашенія, но и въ томъ, чтобы сдѣлать серьезную попытку къ исправленію преступника.

3. Исправленіе это съ большою вѣроятностью можетъ быть дс-

стигнуто посредствомъ религіознаго и нравственнаго воспитанія, умственнаго и физическаго развитія и такого труда, который можетъ дать заключенному хорошую техническую подготовку.

4. Система реформаторій несовмѣстима съ краткосрочными приговорами, и относительно долгій періодъ примѣненія воспитательнаго режима, весьма вѣроятно, будетъ болѣе благотворенъ, чѣмъ повторные приговоры на краткіе сроки при болѣе суровыхъ условіяхъ заключенія.

5. Режимъ реформаторій долженъ быть соединенъ съ системой условнаго освобожденія, подъ надлежащимъ надзоромъ и попеченіемъ, предоставляемаго по постановленію соотвѣтствующаго совѣта.

B. Весьма желательно, чтобы система такого спеціальнаго режима была принята для юныхъ преступниковъ, независимо отъ того являются ли они рецидивистами, или нѣтъ.

C. Судамъ должна быть обезпечена возможность приговаривать осужденныхъ къ такому спеціальному режиму на срокъ достаточно продолжительный для того, чтобы были осуществлены всѣ воспитательныя мѣры и чтобы была возможность примѣнить условное освобожденіе въ формѣ, указанной выше.

Къ этой резолюціи присоединено пожеланіе, сдѣланное шведскимъ представителемъ Альмквистомъ:

Желательно, чтобы заключенные, находящіеся подъ слѣдствіемъ, и лица, отбывающія наказаніе краткосрочнымъ лишеніемъ свободы, содержались раздѣльно.

Вопросъ 2.

Какія улучшенія могли бы быть внесены въ систему условнаго досрочнаго освобожденія, уже существующую въ опредѣленныхъ странахъ (отчеты, удостовѣренія о хорошемъ поведеніи, удлиненіе времени испытанія, способы надзора и др.)?

Резолюція.

Признавая условное освобожденіе небходимымъ средствомъ воспитательнаго вліянія на заключенныхъ, конгрессъ принимаетъ слѣдующія положенія:

I. Условное освобожденіе должно быть предоставляемо не какъ милость, а согласно опредѣленнымъ правиламъ. Заключенные всѣхъ классовъ, въ томъ числѣ и содержащіеся въ работныхъ домахъ, могутъ подлежать этой мѣрѣ по отбытіи соотвѣтственнаго минимума заключенія.

II. Освобожденіе должно быть предоставляемо особой комиссіей, рѣшенія которой контролируются правительствомъ. Эта коммисія должна имѣть право отмѣнять предоставленное досрочное освобожденіе въ случаѣ, если поведеніе освобожденнаго не является удовлетворительнымъ.

III. Наблюденіе за лицами, досрочно освобожденными, должно быть поручено агентамъ правительства, обществамъ, получившимъ

спеціальное утвержденіе, и отдѣльнымъ лицамъ, которыя примутъ на себя обязанность помогать освобожденнымъ, наблюдать за ними и представлять отчетъ о ихъ поведеніи за достаточно продолжительный періодъ времени.

IV. Въ странахъ, гдѣ законъ объ условномъ освобожденіи, не говоритъ особо о приговоренныхъ къ пожизненному заключенію, высшая административная власть будетъ постановлять о нихъ въ порядкѣ помилованія.

Вопросъ 3. Какими мѣрами можно было бы обезпечить постоянный и производительный трудъ заключеннымъ въ небольшихъ тюрьмахъ?

Резолюція.

I. Всѣ учрежденія карательнаго характера, въ томъ числѣ мѣста предварительнаго заключенія и мѣстныя тюрьмы, должны находиться подъ контролемъ центральной власти.

2. Всѣ лица, приговоренныя какъ къ продолжительному, такъ и къ краткосрочному лишенію свободы, въ большихъ или малыхъ тюрьмахъ, должны быть заняты полезными работами внутри тюрьмы или внѣ стѣнъ ея.

3. Поскольку то позволяютъ мѣстныя условія, всѣ лица, отбывающія наказаніе, должны быть сосредоточиваемы въ достаточно обширныхъ помѣщеніяхъ, которыя допускаютъ удовлетворительную организацію труда.

4. Въ случаяхъ, когда такая концентрація невозможна, слѣдуетъ ввести различные виды труда сообразно экономическимъ условіямъ отдѣльныхъ мѣстностей.

5. Является желательнымъ, чтобы большія тюрьмы, имѣющія хорошо организованную индустрію и машины, служили профессіональными школами для лицъ, которыя затѣмъ будутъ назначены руководителями небольшихъ учрежденій.

6. Въ составъ должностныхъ лицъ небольшихъ тюремъ слѣдуетъ назначать, по возможности, по крайней мѣрѣ одно лицо, способное руководить промышленными работами.

Третья секція.

Мѣры предупрежденія.

Вопросъ 1.

Какое вліяніе на преступность оказали въ различныхъ странахъ законодательныя мѣропріятія относительно условнаго осужденія, попечительнаго надзора (probation) и т. д., которыя имѣли цѣлью устранить необходимость тюремнаго заключенія, спеціально

при первомъ осужденіи, принимая во вниманіе возрастъ, характеръ и предшествующую жизнь подсудимаго? Желательно ли, чтобы эти или имъ подобные законы получили болѣе широкое примѣненіе?

Резолюція.

I. Результаты условнаго осужденія являются благопріятными, если эта мѣра примѣняется съ должнымъ вниманіемъ къ защитѣ общества и примѣнительно къ лицамъ, отъ которыхъ можно ожидать исправленія безъ обращенія къ тюремному заключенію, и если при этомъ условно осужденные поставлены на достаточно продолжительный срокъ подъ наблюденіе компетентныхъ должностныхъ лицъ.

II. Результаты отсрочки приговора безъ попечительнаго надзора могутъ быть установлены съ большими трудностями, если это вообще возможно.

III. Желательно ввести и расширить законодательство относительно попечительнаго надзора и установить въ каждой странѣ центральный органъ, имѣющій общій надзоръ за дѣятельностью попечителей.

Вопросъ 2.

Какія мѣры должны быть приняты для устраненія нищенства и бродяжничества съ точки зрѣнія современныхъ уголовно-политическихъ взглядовъ?

Какія правила должны быть положены въ основу организаціи работныхъ домовъ для нищихъ и бродягъ?

Резолюція.

I. Конгрессъ подтверждаетъ резолюціи Парижскаго конгресса 1895 г. слѣдующаго содержанія:

1. Общество имѣетъ право принимать мѣры соціальной защиты принудительнаго характера по отношенію къ нищимъ и бродягамъ. Этому праву соотвѣтствуетъ обязанность надлежащимъ образомъ организовать общественную благотворительность, частную помощь и патронатъ.

2. Слѣдуетъ различно относиться къ слѣдующимъ категоріямъ нищихъ и бродягъ:

а) къ слабосильнымъ и неспособнымъ къ труду, находящимся въ состояніи бѣдности;

б) къ случайнымъ нищимъ и бродягамъ;

в) къ профессіональнымъ нищимъ и бродягамъ.

3. Первымъ должна быть оказываема помощь, пока они не пріобрѣтутъ достаточно силы, чтобы снискивать себѣ необходимыя средства къ жизни.

Вторые должны получать публичную или частную поддержку и должны быть принимаемы въ убѣжища или рабочія станціи (stations de secours), гдѣ работа является обязательной.

Третьи должны быть подвергаемы строгимъ репрессивнымъ мѣрамъ, которыя могутъ предупреждать рецидивъ.

II. Въ качествѣ мѣры репрессіи добровольнаго и профессіональнаго нищенства и бродяжества пригодно учрежденіе работныхъ домовъ для профессіональныхъ нищихъ. Въ этихъ учрежденіяхъ должна быть проведена надлежащая классификація заключенныхъ, при чемъ особо должны быть выдѣлены тѣ, которые подлежатъ спеціальной дисциплинѣ; долженъ быть созданъ особый классъ или классы для болѣе прилежныхъ и ревностныхъ и для тѣхъ, которые отличаются хорошимъ поведеніемъ; при этомъ должны быть примѣняемы всѣ мѣры поощренія, которыя могутъ обезпечить исправленіе и постепенное усовершенствованіе заключенныхъ.

III. Въ работныхъ домахъ особое вниманіе должно быть направлено на обученіе земледѣлію и индустріи, и срокъ заключенія долженъ быть достаточно продолжителенъ, чтобы обезпечить полную подготовку и въ то же время, чтобы оказать предупредительно-отвращающее воздѣйствіе.

IV. Умственное и физическое состояніе заключенныхъ должно быть предметомъ тщательнаго наблюденія и изученія.

V. Условное освобожденіе и организація послѣдующаго надзора при содѣйствіи должностныхъ лицъ и, по возможности, благотворительныхъ обществъ являются необходимыми уловіями надлежаще организованной системы борьбы съ нищенствомъ и бродяжничествомъ.

VI. Конгрессъ рекомендуетъ расширить или организовать систему установленія тождества и классификацію нищихъ и бродягъ.

Вопросъ 3.

Какъ можно ослабить, не упуская репрессивнаго воздѣйствія на преступниковъ, тяжелыя экономическія послѣдствія для ихъ семей, вытекающія изъ заключенія въ тюрьмы тѣхъ, кто снискиваетъ послѣднимъ средства къ жизни?

Резолюція.

Желательно, чтобы государство установило систему вознагражденія заключенныхъ за трудъ и чтобы были приняты мѣры къ тому, чтобы всѣ суммы, записанныя на счетъ заключеннаго, могли быть использованы на помощь его семьѣ, если она находится въ состояніи нужды.

Въ виду значительныхъ различій, встрѣчающихся въ практикѣ отдѣльныхъ странъ, было бы полезнымъ, чтобы болѣе полныя свѣдѣнія относительно этого вопроса были представлены къ ближайшему конгрессу въ цѣляхъ дальнѣйшаго обсужденія мѣръ, могущихъ оказаться полезными для помощи семьямъ заключенныхъ.

Вопросъ 4.

Слѣдуетъ ли признать удавшимся, или нѣтъ, опытъ, произведенный въ нѣкоторыхъ странахъ за послѣднія десять лѣтъ, въ виду созданія спеціальныхъ учрежденій долгосрочнаго (примѣрно, на два, на три года) заключенія для привычныхъ преступниковъ алкоголиковъ?

Слѣдуетъ ли дополнить спеціальный пенитенціарный режимъ такихъ учрежденій особымъ врачебнымъ режимомъ?

Резолюція.

I. Конгрессъ констатируетъ успѣхъ произведеннаго въ нѣкоторыхъ странахъ за послѣднія десять лѣтъ опыта относительно устройства особыхъ заведеній для болѣе продолжительнаго заключенія преступниковъ, являющихся привычными пьяницами.

II. Онъ полагаетъ, что нѣтъ необходимости дополнить режимъ этихъ заведеній спеціальнымъ врачебнымъ режимомъ.

Но для успѣха примѣняемыхъ методовъ существенно, чтобы санитарная и медицинская часть режима въ этихъ заведеніяхъ находилась въ завѣдываніи надлежаще подготовленныхъ врачей-практиковъ.

III. Желательно дальнѣйшее расширеніе этого вида заключенія преступниковъ алкоголиковъ, подъ надзоромъ государства, въ особенности въ цѣляхъ пріостановленія привычки въ началѣ ея развитія, безъ примѣненія безполезныхъ повторныхъ приговоровъ, назначающихъ тюремное заключеніе.

Четвертая секція.

Вопросы относительно несовершеннолѣтнихъ.

Вопросъ 1.

Долженъ ли къ несовершеннолѣтнимъ преступникамъ примѣняться общій уголовный процессъ, или нѣтъ? Если нѣтъ, то какія начала должны быть положены въ основу процесса по отношенію къ дѣтямъ и подросткамъ?

Резолюція.

I. Юные правонарушители (delinquants) не должны быть подвергаемы уголовному процессу, нынѣ примѣняемому ко взрослымъ.

II. Слѣдующіе принципы должны руководить процессомъ по отношенію къ юнымъ правонарушителямъ:

1. Органы, которымъ поручено разсмотрѣніе дѣлъ относительно юныхъ правонарушителей, въ томъ числѣ и органы, производящіе разслѣдованіе по этимъ дѣламъ, должны быть прежде всего изби-

раемы въ зависимости отъ ихъ способности понимать дѣтей и симпатизировать имъ и, кромѣ того, должны имѣть извѣстныя спеціальныя познанія въ области соціальныхъ и психологическихъ наукъ.

2. Они должны получать помощь отъ probation officers, обязанностью которыхъ является предварительное разсмотрѣніе обстоятельствъ дѣла и попеченіе о тѣхъ, которые будутъ отданы имъ подъ наблюденіе (on probation).

3. Желательно въ связи съ разсмотрѣніемъ дѣлъ о юныхъ правонарушителяхъ производить дополнительно такія разслѣдованія, которыя могутъ давать матеріалъ для ознакомленія съ преступностью подростковъ и результаты которыхъ съ пользою могли бы быть приняты во вниманіе при рѣшеніи дѣла. Врачебныя освидѣтельствованія должны быть производимы только врачами, которые имѣютъ спеціальныя познанія въ области соціальныхъ наукъ. Личныя свѣдѣнія, полученныя при такихъ освидѣтельствованіяхъ, не должны быть оглашаемы или публикуемы (made public).

4. Въ дѣлахъ о юныхъ правонарушителяхъ должно, насколько то представляется возможнымъ, избѣгать предварительнаго ареста; предписанія объ арестѣ могутъ быть издаваемы только въ исключительныхъ случаяхъ.

5. Когда представляется необходимымъ подвергнуть юнаго правонарушителя подслѣдственному задержанію, онъ не долженъ быть помѣщаемъ въ отдѣленія для взрослыхъ.

6. Въ странахъ, гдѣ дѣла о юныхъ правонарушителяхъ находятся въ вѣдѣніи судебной власти,

а) эти дѣла не должны быть разсматриваемы въ томъ же засѣданіи, какъ и дѣла о взрослыхъ, и

б) должно стремиться, по возможности, больше къ разсмотрѣнію этихъ дѣлъ въ формѣ совѣщанія (conférence), стремящагося изыскать наилучшее для малолѣтняго, нежели къ разрѣшенію ихъ въ состязательной формѣ.

III. Органы, которые разсматриваютъ дѣла о юныхъ правонарушителяхъ, должны также получить право принимать необходимыя мѣры въ интересахъ дѣтей заброшенныхъ или подвергаемыхъ жестокому обращенію.

Вопросъ 2.

Слѣдуетъ ли устраивать особыя учрежденія для дѣтей, страдающихъ умственной слабостью и проявляющихъ опасныя склонности въ нравственномъ отношеніи?

Резолюція.

Послѣ разсмотрѣнія вопроса объ установленіи отдѣльныхъ учрежденій для дѣтей, страдающихъ умственной слабостью и проявляющихъ опасныя склонности съ нравственной точки зрѣнія, конгрессъ полагаетъ, что мы располагаемъ въ этой области не-

достаточными практическими свѣдѣніями, которыя не позволяютъ выразить съ полной увѣренностью опредѣленное мнѣніе. Поэтому онъ рекомендуетъ, чтобы немедленно было произведено компетентными лицами разслѣдованіе, или по частной иниціативѣ, или по предписанію государства. Это разслѣдованіе, произведенное съ яснымъ сознаніемъ преслѣдуемыхъ цѣлей и съ примѣненіемъ научно-опредѣленныхъ признаковъ и классификацій, должно установить:

I. Сколько имѣется (численно и пропорціонально) дѣтей:

а) съ опасными моральными склонностями въ учрежденіяхъ для ненормальныхъ дѣтей;

б) съ умственными дефектами въ исправительно-воспитательныхъ учрежденіяхъ или среди появляющихся въ судѣ для несовершеннолѣтнихъ.

II. Какъ относятся директора этихъ учрежденій:

а) къ тому, чтобы имѣть такихъ дѣтей въ числѣ воспитанниковъ у себя;

б) къ режиму, который полезенъ для такихъ дѣтей;

в) къ успѣху, уже достигнутому въ этомъ направленіи.

Вопросъ 3.

Какія мѣры слѣдуетъ принять для борьбы съ праздностью и бродяжничествомъ дѣтей въ большихъ городахъ?

Резолюція.

Чтобы устранить привычки къ праздности и бродяжничеству дѣтей въ большихъ городахъ, конгрессъ предлагаетъ:

I. Чтобы законъ сдѣлалъ родителей отвѣтственными за проступки дѣтей; принудилъ отцовъ, покидающихъ свои семьи, вернуться къ ихъ обязанностямъ по поддержкѣ дѣтей; позволилъ удалять дѣтей изъ ненадлежащихъ семей и помѣщать ихъ туда, гдѣ они найдутъ надлежащее попеченіе и воспитаніе.

II. Организовать большее взаимодѣйствіе между школьнымъ начальствомъ и обществомъ; достичь большаго приспособленія школьныхъ программъ къ интересамъ и практическимъ цѣлямъ отдѣльныхъ дѣтей; развить систему дѣтскихъ садовъ и примѣненіе ручного труда, какъ метода обученія.

III. Значительное расширеніе площадокъ для игръ, здоровыхъ мѣстъ для рекреаціи и физическихъ упражненій, какъ наилучшихъ предупредительныхъ мѣръ противъ порока и преступности среди подростковъ; здѣсь они научаются переносить пораженіе съ мужествомъ и встрѣчать успѣхъ со скромностью.

IV. Чтенія для родителей по практическимъ вопросамъ о томъ, какъ сдѣлать домашнюю жизнь болѣе счастливой и хорошей и какъ удержать дѣтей отъ праздной и кочевой жизни.

V. Большія усилія со стороны печати и духовенства въ томъ направленіи, чтобы внушить убѣжденіе въ необходимости заботиться

о дѣтяхъ, такъ какъ это есть лучшее средство противъ преступности дѣтей и противъ превращенія ихъ въ лѣнивцевъ и бродягъ.

Вопросъ 4.

Слѣдуетъ ли принять особыя мѣры покровительства по отношенію къ внѣбрачнымъ дѣтямъ; если да, то въ чемъ эти мѣры должны заключаться?

Резолюція.

I. Чтобы обезпечить болѣе дѣйствительное покровительство внѣбрачныхъ дѣтей, необходимы законодательныя мѣры и моральная и общественная пропаганды.

II. Предметомъ законодательныхъ мѣръ должна быть регламентація юридическаго положенія внѣбрачныхъ дѣтей въ его существѣ. Эти мѣры должны уравнять положеніе внѣбрачныхъ дѣтей съ положеніемъ дѣтей законныхъ въ отношеніи охраны, поддержки и наслѣдованія.

III. Должно быть постановлено, кому изъ родителей ввѣряется на будущее время забота о внѣбрачномъ ребенкѣ послѣ періода младенчества; при постановленіи этого рѣшенія принимаются во вниманіе потребности и интересы ребенка, какъ будущаго гражданина.

IV. Родитель, который не имѣетъ попеченія о ребенкѣ, долженъ оказывать денежную помощь для его воспитанія и содержанія.

V. Такъ какъ появленіе внѣбрачныхъ дѣтей является часто результатомъ невѣжества, то слѣдуетъ направить моральную пропаганду къ тому:

а) чтобы сообщать молодежи свѣдѣнія о половой жизни и объ отношеніи ея къ благосостоянію государства;

б) чтобы установить единство нравственныхъ требованій, примѣнимыхъ одинаково къ мужчинѣ и женщинѣ.

VI. Такъ какъ дѣвушки-матери часто покушаются на производство выкидыша, на оставленіе ребенка безъ помощи или впадаютъ въ проституцію, то является желательнымъ распространить идею о необходимости имѣть при каждомъ госпиталѣ или учрежденіи, куда могутъ обращаться дѣвушки-матери, опытный штабъ работницъ для совѣта и попеченія. Ихъ обязанностью должно быть:

а) сообщеніе дѣвушкамъ-матерямъ свѣдѣній, необходимыхъ для надлежащей заботы о себѣ, въ интересахъ ребенка, до и послѣ рожденія его;

б) полученіе отъ отца ребенка признанія отцовства и необходимыхъ денежныхъ средствъ;

в) дружеская помощь матери и опека надъ ея ребенкомъ.

По окончаніи сообщенія *П. И. Люблинскаго предсѣдатель В. Д. Набоковъ* выразилъ признательность докладчику отъ имени собранія за выслушанное сообщеніе и затѣмъ объявилъ засѣданіе закрытымъ.

Протоколъ засѣданія общаго собранія юридическаго общества.

20 марта 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $2^1/_2$ ч. пополудни подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя юридическаго общества *М. М. Ковалевскаго.*

По открытіи собранія *предсѣдатель М. М. Ковалевскій,* посвятивъ нѣсколько словъ памяти скончавшихся въ отчетномъ году членовъ общества, остановился болѣе подробно на дѣятельности по обществу почетныхъ членовъ С. А. Муромцева и С. В. Пахмана. Послѣ этого, по предложенію предсѣдателя, собраніе почтило вставаніемъ память скончавшихся.

Затѣмъ, согласно постановленію совѣта юридическаго общества, *предсѣдатель М. М. Ковалевскій* предложилъ на утвержденіе общаго собранія отчеты о составѣ, дѣятельности и состоятельности суммъ общества за 1909 годъ.

Соглашаясь съ заключеніемъ ревизіонной комиссіи, собраніе единогласно постановило отчеты за 1909 годъ утвердить.

Засѣданіе закрыто въ $2^3/_4$ ч. пополудни.

Протоколъ засѣданія годового собранія юридическаго общества.

20 марта 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $2^3/_4$ ч. пополудни подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя юридическаго общества *М. М. Ковалевскаго.*

По открытіи собранія *предсѣдателемъ М. М. Ковалев-*

скимъ былъ предъявленъ собранію отчетъ о составѣ, дѣятельности и состояніи суммъ общества за 1910 годъ. Въ виду того, что отчетъ этотъ былъ разосланъ всѣмъ гг. членамъ заблаговременно, до дня годового собранія,—чтенія его въ собраніи не было.

Затѣмъ собраніе приступило къ выборамъ помощника предсѣдателя общества, двухъ членовъ совѣта и казначея, а также пяти членовъ ревизіонной комиссіи.

При подсчетѣ голосовъ оказались избранными:

1) Помощникомъ предсѣдателя общества—*В. Д. Кузьминъ-Караваевъ.*

2) Членами совѣта: взамѣнъ выбывающихъ на основаніи § 22 устава—С. В. Иванова и князя С. А. Друцкого—*В. О. Люстихъ* и *А. А. Леонтьевъ.*

3) Казначеемъ—*Л. Я. Лозинскій.*

4) Членами ревизіонной комиссіи—*М. И. Мышъ, В. Д. Плетневъ, В. А. Корнѣевъ, графъ П. М. Толстой* и *баронъ Б. Э. Нольде.*

Провозглашеніе результатовъ выборовъ вызвало единодушныя рукоплесканія собранія.

Затѣмъ были произнесены рѣчи: профессоромъ *М. А. Дьяконовымъ*: *„Памяти В. И. Сергѣевича“;* почетнымъ членомъ общества, профессоромъ *М. М. Ковалевскимъ*: *„Значеніе «Вѣче и князь» для сравнительной исторіи государства“*, и профессоромъ *В. Н. Бенешевичемъ*: *„Памяти Горчакова“.*

Профессоръ *М. А. Дьяконовъ* произнесъ слѣдующую рѣчь:

26-го ноября 1910 г. скончался послѣ тяжелой операціи Василій Ивановичъ Сергѣевичъ. Смерть въ преклонномъ возрастѣ неизбѣжная доля каждаго смертнаго. Въ такихъ случаяхъ нерѣдко люди переживаютъ себя. Смерть духовная наступаетъ раньше физической. Никто не могъ бы подумать о Сергѣевичѣ, даже за нѣсколько дней до смерти, что смерть забыла его. Столько въ немъ сохранилось физической бодрости, умственной свѣжести и работоспособности. Съ его кончиной осталась пустота, которая долго будетъ ощущаться не только близкими людьми, но многими и не знавшими его лично.

Эта пустота особенно остро и долго будетъ ощущаться Петербургскимъ университетомъ, съ которымъ покойный былъ связанъ

въ теченіе 38 лѣтъ (1872—1910). Имя Сергѣевича сразу занялс видное мѣсто среди профессоровъ юридическаго факультета рядомъ съ именами Рѣдкина, Пахмана, Янсона, Андреевскаго, Градовскаго, Горчакова, Таганцева. Всѣ эти дѣятели выходили изъ строя, кто по случайному стеченію обстоятельствъ, а большею частію по неизбѣжному велѣнію рока. Ихъ мѣста занимали другіе, болѣе молодые, нерѣдко бывшіе воспитанники того же университета и даже ученики Сергѣевича. Онъ оставался на посту дольше многихъ своихъ сотоварищей. Но какъ среди первыхъ изъ нихъ, такъ и въ ряду смѣнившихъ ихъ болѣе молодыхъ, Сергѣевичъ занималъ одно изъ первыхъ почетныхъ мѣстъ и пользовался общимъ уваженіемъ товарищеской среды.

Я вовсе не имѣю въ виду входить въ разборъ сложныхъ университетскихъ отношеній и не располагаю для того необходимымъ матеріаломъ. Мнѣ хотѣлось только отмѣтить, что занятое Сергѣевичемъ положеніе ничуть не обязано личнымъ свойствамъ его характера. Довольно холодный въ своихъ личныхъ отношеніяхъ, нисколько не сдерживающійся въ жесткихъ сужденіяхъ и отзывахъ о вещахъ и людяхъ, Сергѣевичъ скорѣе какъ бы намѣренно создавалъ вокругъ себя сферу недовольства и личной обиды. И несмотря на все это, крупный умъ, выдающіяся ученыя заслуги, и независимость положенія окружили имя Сергѣевича такимъ авторитетомъ, который стяжалъ ему общее уваженіе.

Дать посильную оцѣнку ученыхъ заслугъ В. И. Сергѣевича или, по крайней мѣрѣ, подготовить матеріалъ для такой оцѣнки и составляетъ цѣль настоящей замѣтки.

До сихъ поръ совершенно неизвѣстны тѣ условія, подъ вліяніемъ которыхъ развивался и созрѣлъ такой оригинальный талантъ. Мы знаемъ только, что Сергѣевичъ учился въ Московскомъ университетѣ въ 1853—1857 гг. и былъ студентомъ юридическаго факультета. Въ ту пору Московскій университетъ блисталъ цѣлымъ рядомъ крупныхъ именъ, у которыхъ было чему поучиться и юристу и историку. Блестящій Н. И. Крыловъ, ученый цивилистъ съ широкими философическими горизонтами Ѳ. Л. Морошкинъ, увлекающійся и заражающій своимъ идеализмомъ В. Н. Лешковъ составляли центральную силу юридическаго факультета. Въ исторіи русскаго законодательства ближайшимъ руководителемъ будущаго историка русскаго права явился И. Д. Бѣляевъ, смѣнившій Н. В. Калачева въ концѣ 1852 г. въ качествѣ и. д. адъюнкта на каѳедрѣ исторіи русскаго законодательства. Отнюдь не строгій юристъ, но

большой знатокъ памятниковъ старины и начетчикъ въ рукописныхъ документахъ, въ значительномъ количествѣ прошедшихъ черезъ его руки за время почти двадцатилѣтней службы въ различныхъ архивахъ, самъ ревностно подбиравшій старыя рукописи для собственнаго собранія указовъ и юридическихъ актовъ, Бѣляевъ могъ заинтересовать своихъ слушателей свѣжестью и разнообразіемъ матеріаловъ, но не могъ внести въ свои курсы ни строго научной критики, ни тѣмъ болѣе творческаго синтеза.

Недостатки и пробѣлы историческихъ курсовъ на юридическомъ факультетѣ съ избыткомъ пополнялись историческими чтеніями на родственномъ факультетѣ, гдѣ вели преподаваніе такіе крупные историки, какъ Соловьевъ, Грановскій, Кудрявцевъ, Буслаевъ. Условія были очень благопріятны для того, чтобы пробудить и развить историческіе вкусы слушателей.

Годы студенчества Сергѣевича ознаменовались еще особымъ обостреніемъ борьбы между славянофилами и западниками. Бремя этой борьбы выпало на долю многихъ преподавателей Московскаго университета, и въ числѣ ихъ оказались какъ горячіе славянофилы, такъ и не менѣе горячіе западники. Среди профессоровъ юристовъ преобладали славянофильскія симпатіи, выражавшіяся нерѣдко въ формахъ офиціознаго консерватизма. Такія настроенія не могли не отразиться и на преподаваніи. Такъ, Бѣляевъ, подъ вліяніемъ К. Аксакова, проводилъ въ своихъ курсахъ мысль объ исконныхъ особенностяхъ общиннаго быта у славянъ въ противовѣсъ сторонникамъ родовой теоріи.

Славянофильскія вліянія встрѣчали не только дѣятельный отпоръ въ рядѣ университетскихъ курсовъ историко-филологическаго факультета. Этому направленію объявлена была безпощадная война однимъ изъ питомцевъ юридическаго факультета Московскаго университета. Въ февральской книжкѣ „Русскаго Вѣстника“ за 1856 г. появилась первая статья Б. П. Чичерина—„Обзоръ историческаго развитія сельской общины въ Россіи“, которая вызвала ученую полемику, не завершившуюся и по сей день. Это былъ прямой вызовъ славянофиламъ, и они его съ горячностью приняли. Въ первой книжкѣ вновь основаннаго журнала „Русская Бесѣда“ первый Бѣляевъ выступилъ съ возраженіями Чичерину въ защиту исконности сельской общины въ Россіи. Ученые противники еще разъ обмѣнялись отвѣтами и остались каждый при своемъ мнѣніи. Но этимъ дѣло не ограничилось. На 21-го декабря того же года назначенъ былъ диспутъ Чичерина, диссертація котораго „Област-

*

ныя учрежденія Россіи въ XVII вѣкѣ“ въ теченіе двухъ лѣтъ не пропускалась факультетской цензурой. На этомъ диспутѣ славянофилы рѣшили проучить самоувѣреннаго и заносчиваго молодого западника и мобилизовали противъ него свои главныя силы. Офиціальными оппонентами оказались Бѣляевъ и Лешковъ, хотя главная роль предназначалась „знаменитому“ Никитѣ Ивановичу Крылову. Прогремѣвшая слава и испытанный ораторскій талантъ извѣстнаго не одной Москвѣ романиста должны были искупить недостаточную эрудицію главнаго оппонента въ спеціальныхъ вопросахъ темы. Этотъ диспутъ составилъ крупное событіе не только университетской, но и литературной и даже общественной жизни Москвы, и не одной только Москвы. На диспутѣ собралась интеллигентная Москва, и самый диспутъ не завершился словесными преніями и продолжался на страницахъ журналовъ. Отнюдь не къ вящщей славѣ знаменитаго романиста друзья убѣдили его напечатать свою рѣчь, и, благодаря этому, ее можно и теперь прочесть и оцѣнить по достоинству [1]).

Чичеринъ не оставилъ безъ возраженія замѣчаній Крылова и другихъ, выступившихъ противъ его книги въ „Русской Бесѣдѣ“, доказывая полную несостоятельность методологическихъ и критическихъ пріемовъ своихъ противниковъ [2]). Но особенно жестоко досталось Крылову отъ самого издателя „Русскаго Вѣстника“, выступившаго подъ псевдонимомъ „Байбороды“, за рядъ крупныхъ промаховъ профессора римскаго права въ области римской исторіи [1]). Крылову пришлось серьезно озаботиться о подкрѣпленіи своего ученаго авторитета, для чего его друзьями былъ ему отведенъ спеціальный отдѣлъ во вновь основанномъ журналѣ „Молва“ для полемики съ его завистливыми врагами.

Не можетъ подлежать сомнѣнію, что внимательнымъ свидѣтелемъ всѣхъ этихъ событій былъ и студентъ Сергѣевичъ не задолго

---

[1]) Критическія замѣчанія, высказанныя проф. Крыловымъ на публичномъ диспутѣ въ Московскомъ университетѣ 21-го декабря 1856 г., на сочиненіе г. Чичерина: Областныя учрежденія Россіи въ XVII вѣкѣ. „Русская Бесѣда“ 1857 г., № 1, стр. 25—102 и № 2, стр. 89—166.

[1]) Критика г. Крылова и способъ изслѣдованія „Русской Бесѣды“. „Русск. Вѣстн.“ 1857 г., т. X, августъ: книжка вторая, стр. 726—768, и т. XI, сентябрь: книжка первая, стр. 174—206.

[2]) Изобличительныя письма. „Русск. Вѣстн.“ 1857 г., т. VIII, апрѣль: книжка первая, стр. 234—248, и апрѣль: книжка вторая, стр. 411—424. Ср. еще тамъ же: Объясненія отъ редактора, и въ приложеніи: Юридическія замѣтки профессора Крылова.

до окончанія университетскаго курса. Всякому пытливому уму многое изъ происшедшаго давало обильный матеріалъ для выясненія основного вопроса о пріемахъ и способахъ ученаго изслѣдованія.

По окончаніи курса молодой юристъ избираетъ себѣ педагогическое поприще и становится учителемъ законовѣдѣнія. Но это была лишь переходная, хотя и длительная ступень: лишь въ 1862 г., черезъ пять лѣтъ по окончаніи университета, получилъ заграничную командировку „причисленный къ министерству“ В. И. Сергѣевичъ. Командировка носила при томъ совершенно спеціальный характеръ—подготовки къ преподаванію судопроизводства и судоустройства. Объ этомъ узнаемъ изъ перваго напечатаннаго Сергѣевичемъ отчета, въ заключеніе котораго сказано: „По пріѣздѣ въ Гейдельбергъ мои приготовленія къ преподаванію судопроизводства и судоустройства началъ я съ изученія римскаго гражданскаго судопроизводства. Кромѣ того, слушаю лекціи проф. Блунчли и Рено—общее гражданское судопроизводство. Послѣднему я очень благодаренъ какъ за его полный, превосходно систематизированный и съ чрезвычайной ясностью протолкованный догматическій курсъ судопроизводства, такъ и за тѣ указанія, которыя онъ мнѣ сдѣлалъ по литературѣ своего предмета“.

Этотъ спеціальный характеръ командировки объясняетъ направленіе первыхъ научныхъ шаговъ молодого кандидата, о которыхъ мы узнаемъ по печатавшимся ранѣе въ *Журн. Мин. Нар. Просв.* „извлеченіямъ изъ отчетовъ лицъ, отправленныхъ за границу для приготовленія къ профессорскому званію“. Всего напечатано шесть отчетовъ Сергѣевича. Изъ нихъ четыре относятся къ спеціальной области догматическихъ вопросовъ кассаціоннаго судопроизводства и имѣютъ въ настоящее время лишь историческое значеніе [1]). Первый отчетъ имѣетъ болѣе общее значеніе и возбуждаетъ рядъ принципіальныхъ вопросовъ о постановкѣ юридическаго образованія въ университетахъ.

За исключеніемъ университетскаго вопроса, къ которому Сер-

---

1) Особенности французскаго кассаціоннаго суда. Журн. Мин. Нар. Просв., 1863, ч. CXVIII, іюнь, стр. 270—291; 2) Очеркъ кассаціи въ Пруссіи (Къ вопросу о кассаціонномъ судѣ). Тамъ же, 1863, ч. CXX, октябрь, стр. 38—50; 3) Мнѣніе Цинка въ пользу кассаціоннаго суда Тамъ же, 1864, ч. CXXI, январь, стр. 41—50; 4) Порядокъ отмѣны рѣшеній по новому уставу гражданскаго судопроизводства. Тамъ же 1865, ч. CXXVII, сентябрь, стр. 197—208.

гѣевичъ неоднократно возвращался въ теченіе своей продолжительной преподавательской дѣятельности, вопросы современнаго права и догматики не привлекали болѣе его ученаго вниманія. Но и немногіе первые шаги въ этой области наложили замѣтный слѣдъ на весь характеръ ученой мысли изслѣдователя и въ области историческихъ изысканій, придавъ ей положительныя и отрицательныя стороны яркаго догматизма.

Совершенно обособленно стоитъ шестой отчетъ, по счету хронологически предпослѣдній. Это былъ первый опытъ историческаго изслѣдованія въ области чрезвычайно сложнаго и тонкаго вопроса о германской поземельной общинѣ. Темой отчета послужилъ разборъ двухъ сочиненій L. v. Maurer—Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung, 1854, и Geschichte der Markenverfassung in Deutschland, 1856, которыя и по сей день продолжаютъ служить однимъ изъ главныхъ опорныхъ пунктовъ для защитниковъ древности общиннаго землевладѣнія у германцевъ. Сергѣевичъ выступилъ рѣшительнымъ противникомъ Маурера и его послѣдователей, доказывая, что занятые отдѣльными членами марки участки земли подъ усадьбы и пашни составляли ихъ собственность, а свободныя земли находились сначала въ нераздѣльномъ пользованіи всѣхъ членовъ марки и подлежали свободному захвату со стороны каждаго изъ нихъ; позднѣе же, при сокращеніи пространства свободныхъ земель, пользованіе ими распредѣлялось пропорціонально собственныхъ участковъ каждаго члена [1]). Не трудно замѣтить, что русскій критикъ Маурера рѣшительно пошелъ по пути, намѣченному Чичеринымъ въ статьяхъ о происхожденіи сельской общины въ Россіи. Московскія традиціи начали сказываться.

Но чѣмъ объяснить этотъ переходъ отчетовъ командированнаго съ чисто догматическихъ темъ на историческія и при томъ столь отдаленной древности? Очевидно, занятія въ области догматическихъ вопросовъ формальнаго права очень скоро перестали удовлетворять научные интересы молодого изслѣдователя. Историческіе вкусы и стремленія сказались съ совершенною отчетливостью и заставили готовящагося къ каѳедрѣ догматика хлопотать объ измѣненіи цѣли науч-

[1]) Время возникновенія германской поземельной общины. „Журн. Мин. Нар. Просв.“, 1865, ч. CXXV, февраль, стр. 110—125. Этотъ отчетъ полностью перепечатанъ съ незначительными дополненіями въ Лекціяхъ и изслѣдованіяхъ изд. 1883, стр. 522—534.

ной командировки. Юридическій факультетъ Московскаго университета поддержалъ такое стремленіе, и по его ходатайству Сергѣевичу было разрѣшено приготовляться за границею къ занятію каѳедры исторіи иностранныхъ законодательствъ вмѣсто судоустройства и судопроизводства. Такое разрѣшеніе послѣдовало черезъ годъ послѣ состоявшейся командировки и въ связи съ этимъ срокъ командированія продленъ на одинъ годъ.

Въ теченіе трехъ лѣтъ работалъ Сергѣевичъ за границей въ Гейдельбергѣ, Берлинѣ и Вѣнѣ. Осенью 1865 г. онъ вернулся въ Москву и только черезъ два года издалъ свое первое ученое изслѣдованіе, но не по исторіи иностранныхъ законодательствъ, а по основнымъ вопросамъ древне-русскаго государственнаго строя. Историческіе очерки „Вѣче и князь“ [1]) сразу выдвинули автора въ первые ряды русскихъ историковъ и публицистовъ и стяжали ему признаніе крупныхъ его заслугъ со стороны ученой критики. Уже на диспутѣ въ декабрѣ того же года сказалось это признаніе со стороны такихъ блестящихъ оппонентовъ, какъ Б. Н. Чичеринъ, Ѳ. М. Дмитріевъ и Б. Н. Никольскій. Самъ патріархъ русской исторіи, Погодинъ, призналъ, что „диспутъ былъ очень оживленъ. Много было сказано дѣльнаго съ жаромъ и искусствомъ. Нельзя было не порадоваться дару слова, значительно у насъ развившемуся“. Погодинъ самъ не согласился съ нѣкоторыми выводами диспутанта (повсемѣстность и необходимость вѣча, добываніе столовъ) и попенялъ на „возражателей“ за то, что они не на все существенное обратили должное вниманіе, но остался очень доволенъ доводами изслѣдованія и возраженіями диспутанта противъ родового быта. „Въ возраженіяхъ послышалось и глухое какъ бы умирающее, эхо покойнаго родового быта... Оставьте его въ покоѣ, мм. гг.; вызывать его изъ могилы? Quiescat in pace! (Это, конечно, по адресу Никольскаго). Мнѣ особенно было пріятно удостовѣриться и по книгѣ, и по диспуту, что это марево, производившее шекспировскій шумъ изъ пустяковъ, туманъ, напущенный г. Соловьевымъ, исчезаетъ въ самомъ университетѣ“. Замѣтка кончалась словами: „Дѣльная, отчетистая, многосодержащая диссертація сбѣщаетъ, кажется, полезнаго дѣятеля для русской исторіи. Пожелаемъ ему полнаго успѣха“ [2]).

---

[1]) Вѣче и князь. Русское государственное устройство и управленіе во времена князей Рюриковичей. Историческіе очерки В. И. Сергѣевича. Москва, 1867, стр. V + 413.

[2]) Газета Русскій изд. М. П. Погодина за 1868 г., января 1. листы 1 и 2, стр. 17—19; Диспутъ г. Сергѣевича.

И ученая критика признала цѣнность основныхъ выводовъ изслѣдованія, хотя и разошлась въ относительной ихъ оцѣнкѣ. Безспорно, главнѣйшимъ результатомъ изысканій автора было установленіе той первенствующей роли, какую играли вѣчевыя собранія въ политическомъ строѣ всѣхъ древне-русскихъ земель; это было явленіе повсемѣстное и необходимое въ той же мѣрѣ, какъ и княжеская власть. Такой выводъ о постоянномъ участіи свободнаго населенія въ политической жизни княженія прежде всего былъ радостно привѣтствованъ славянофильскими кругами, какъ новое подтвержденіе правильности ихъ наблюденій объ исконности общиннаго быта у русскихъ славянъ, нашедшаго свое выраженіе и въ политическихъ формахъ древне-русскихъ земель. Такое заключеніе было тѣмъ естественнѣе, что авторъ выступилъ горячимъ противникомъ теоріи родового быта вообще и приложенія ея къ междукняжескимъ отношеніямъ въ частности.

Но славянофильское отожествленіе личнаго начала съ свободой далеко разошлось съ тѣмъ понятіемъ о личности, какое положено въ основу всѣхъ выводовъ Сергѣевича. Это личное начало, именно въ смыслѣ индивидуальномъ, проникаетъ во всѣ отношенія древняго быта. Оно сказалось и въ отношеніяхъ между князьями. Большая часть книги направлена противъ выводовъ Соловьева, формулированныхъ въ его изслѣдованіи о „Родовыхъ отношеніяхъ между князьями Рюрикова дома“, и этой теоріи, несмотря на авторитетныя позднѣйшія поддержки, нанесенъ непоправимый ударъ. Князья не наслѣдуютъ столовъ по началу родового старшинства, не восходятъ по лѣстницѣ городовъ соотвѣтственно своему возрасту, а добываютъ столы, ссылаясь то на старшинство, не рѣдко фиктивное, то на народное признаніе, то на отчинное начало. Отношенія между князьями покоятся не на началѣ подчиненія младшихъ старшему (великому князю), а на равномъ достоинствѣ князей, ихъ братствѣ, какъ представителей независимыхъ государствъ, и опредѣляются единственно соглашеніями.

При господствѣ личнаго начала всѣ общественныя и политическія связи создаются единственно договорами. Договоромъ проникнуты всѣ отношенія древняго политическаго быта. Князья заключаютъ ряды между собой, съ народомъ, съ дружинами. Постановленія вѣчевыхъ собраній являются по существу соглашеніями участниковъ, группирующихся нерѣдко по двумъ и болѣе враждебнымъ лагерямъ. Итакъ, свободная личность и договоръ — вотъ коренные элементы древне-русской общественности и политическаго строя.

Не трудно въ этихъ первоосновахъ найти ясные слѣды чичеринскихъ воззрѣній. Самъ Сергѣевичъ откровенно это призналъ въ одномъ изъ болѣе позднихъ своихъ трудовъ: „Въ противоположность къ весьма распространенному въ нашей литературѣ взгляду на родовой бытъ, какъ отличительный признакъ перваго періода, Б. Н. Чичеринъ характеризуетъ это время „безграничнымъ господствомъ личной свободы, благодаря которому общественные элементы были слишкомъ слабы и безсвязны". Этотъ взглядъ мы считаемъ вполнѣ вѣрнымъ" [1]).

Несмотря, однако, на видимое тожество, основы этого міровоззрѣнія были существенно различны у Чичерина и Сергѣевича. „Безграничное господство личной свободы" у Чичерина было лишь конструктивнымъ моментомъ діалектической системы, существеннымъ признакомъ гражданскаго общества, какъ антитезы къ родовому быту, примиряемой въ новомъ моментѣ государственномъ. Сергѣевичъ отвергаетъ діалектическую методу Гегеля во всѣхъ отношеніяхъ, какъ совершенно безплодную игру понятіями [2]). У него произволъ личности, связанной лишь соглашеніями, реальный историческій фактъ, отъ котораго идетъ историческое развитіе и которымъ долженъ быть объясняемъ весь древне-русскій общественный бытъ.

Съ этой именно стороны и предъявлены были автору „Вѣче и князь" наиболѣе серьезныя возраженія въ критической статьѣ А. Д. Градовскаго. „Все сочиненіе г. Сергѣевича", говоритъ критикъ, „имѣетъ характеръ догматическаго изложенія „началъ", примѣненіе которыхъ авторъ указываетъ во множествѣ примѣровъ, взятыхъ изъ нашей древней исторіи. Это начало и примѣры составляютъ все содержаніе труда. Историческій матеріалъ не имѣетъ въ немъ самостоятельной роли. Онъ приводится только съ цѣлью доказать какъ тѣ или другія начала государственнаго устройства и управленія примѣнялись въ самой жизни. Собственно говоря, сочиненія по исторіи права и не могутъ давать такого преобладающаго значенія историческому матеріалу, какъ общія историческія сочиненія. Выясненіе юридическихъ началъ всегда должно быть главною ихъ цѣлью; историческій матеріалъ важенъ для нихъ настолько, насколько въ немъ можно изучить проявленіе юридическихъ началъ. Но крайнее развитіе означеннаго пріема можетъ повести къ важнымъ неудобствамъ. Исто-

---

[1]) Государство и право въ исторіи, Сборникъ государственныхъ знаній, т. VII, стр. 80, прим.

[2]) Задача и метода государственныхъ наукъ. М. 1871, стр. 69.

рія права все-таки исторія, историческое изслѣдованіе. Самъ г. Сергѣевичъ называетъ свой трудъ „историческими очерками". Верховное же начало исторіи есть идея движенія. Историческое развитіе права состоитъ именно въ переходѣ отъ одного начала къ другому подъ вліяніемъ разнообразныхъ условій». „Въ книгѣ г. Сергѣевича мы не видимъ движенія отъ вѣчевой Россіи къ самодержавной; не видимъ вообще никакихъ признаковъ историческаго движенія и развитія элементовъ древняго общества". „Условія, дѣлавшія изъ вѣча явленіе русской жизни, заключались не въ началахъ личной свободы и не въ слабости княжеской власти, какъ говоритъ авторъ, а въ формѣ общественнаго быта. Личной свободѣ, индивидуализму, можетъ соотвѣтствовать и централизація, и народное представительство, и муниципія, и корпораціи; слабость правительства можетъ породить и феодализмъ, и рабство, и мало ли еще что. Вѣче соотвѣтствуетъ не личной свободѣ, а общинному быту. Поэтому оно было выраженіемъ не личной, а общественной свободы, было правомъ не каждаго лица, а цѣлой общины". Итакъ излишній догматизмъ и неправильное вслѣдствіе этого выясненіе условій, породившихъ данный строй,—таковы главнѣйшія отрицательныя стороны изслѣдованія. Но критикъ вмѣстѣ съ тѣмъ призналъ, что „до настоящаго времени мы не имѣли такой полной картины нашего древняго государственнаго быта, какую представляетъ намъ „Вѣче и князь". Основательное знаніе источниковъ и живое изложеніе, ясность понятій и точность выраженія, самостоятельный взглядъ и совершенно новая оцѣнка многихъ фактовъ, все это даетъ сочиненію г. Сергѣевича почетное мѣсто въ нашей исторической и юридической литературѣ" [1]).

Несмотря на всѣ предъявленныя возраженія, построенная Сергѣевичемъ схема политическаго двоевластія завоевала прочное положеніе. Къ ней предлагаются поправки, дополненія или ограниченія, по преимуществу фактическаго свойства, но по существу она остается не опровергнутой и не устраненной. Вѣче сдѣлалось

---

[1]) Государственный строй древней Россіи. „Вѣче и князь. Русское государственное устройство и управленіе во времена князей Рюриковичей Историческіе очерки В. И. Сергѣевича. Москва 1867 г.". Напечатано впервые въ „Журн. Мин. Нар. Просв." 1868, окт., стр. 101—143; перепечатано въ сборникѣ „Политика, исторія и администрація" 1871, стр. 50—87, и въ собраніи сочиненій А. Д. Градовскаго, т. I, 1899, стр. 387—381. Выдержки взяты со стр. 342, 368 и 348.

и остается до сихъ поръ общепризнаннымъ явленіемъ государственнаго строя въ жизни древне-русскихъ земель.

Какъ ни важенъ этотъ выводъ самъ по себѣ, цѣнность и значеніе его еще болѣе возрастаетъ въ области сравнительнаго изученія древнихъ стадій государственнаго быта. Это сравнительно-историческое значеніе выводовъ Сергѣевича намѣчено имъ самимъ въ слѣдующемъ его ученомъ трудѣ, всецѣло посвященномъ выясненію методологическихъ вопросовъ въ наукѣ о государствѣ [1]). Авторъ выступилъ здѣсь горячимъ противникомъ методологическихъ пріемовъ въ нѣмецкой политической литературѣ и подвергъ рѣзкой критикѣ философскія построенія государства, доказывая безплодность подобныхъ попытокъ отсутствіемъ опредѣленной задачи и выработанной методы. Философскія дедукціи строятся на конкретномъ матеріалѣ, почерпнутомъ изъ наблюденій и приноравливаемомъ къ требованіямъ системы или даже личнымъ симпатіямъ изслѣдователя. Такой коренной пробѣлъ въ нѣмецкой наукѣ восполняется научной методой наблюденія общественныхъ явленій, выработанной трудами О. Конта и пополненной и точнѣе формулированной К. Льюисомъ и Дж. Ст. Миллемъ. Не впервые по очеркамъ Сергѣевича могла ознакомиться съ основными выводами положительной философіи русская читающая публика [2]); она повидимому и мало читала эти очерки, хотя ихъ нельзя не признать образцовыми по простотѣ и ясности, едва ли превзойденными въ этомъ отношеніи и до сихъ поръ.

Иначе было встрѣчено это первое изслѣдованіе Сергѣевича и въ ученомъ мірѣ. Докторскій диспутъ, состоявшійся 10-го апрѣля 1871 г., былъ обставленъ далеко не столь блестяще, какъ магистерскій. Офиціальными оппонентами выступили проф. Ѳ. Б. Мильгаузенъ и преподаватель И. Д. Раковичъ. Ихъ возраженія, поскольку объ этомъ можно судить по газетному отчету, мало касались существа основной темы. Проф. Мильгаузенъ указалъ неравномѣрность частей работы, какъ на одинъ изъ серьезныхъ ея не-

---

[1]) Незадолго до выхода въ свѣтъ изслѣдованія Сергѣевича появился переводъ двухъ изслѣдованій англійскихъ писателей: Г. Льюиса, „Философія наукъ О. Конта“ и Дж. Ст. Милля, „О. Контъ и позитивизмъ“, въ одномъ томѣ подъ общимъ заглавіемъ: „Огюстъ Контъ и положительная философія“. Пер. подъ ред. Н. Неклюдова и Н. Тиблена. СПБ. 1867.

[2]) Задача и метода государственныхъ наукъ. Очерки современной политической литературы. М. 1871. Стр. VIII+231.

достатковъ: методологическіе пріемы нѣмецкой науки изслѣдуются не только въ процессѣ ихъ выработки, но и въ процессѣ ихъ примѣненія въ области научныхъ изслѣдованій; тогда какъ научные пріемы французской и англійской школъ изучаются лишь конструктивно, теоретически, безъ указанія опытовъ ихъ приложенія къ историческому изученію государства. Преподаватель Раковичъ защищалъ пригодность и важность умозрительной методы въ наукѣ при изученіи государства, подкрѣпляя свои доводы ссылкой на крупныя научныя заслуги Лоренца Штейна, какъ будто Сергѣевичъ ихъ огрицалъ. Диспутантъ отвѣтилъ проф. Мильгаузену, что положительная метода еще не была примѣняема на дѣлѣ, и что сами нѣмцы, исходя въ методологической части своихъ сочиненій изъ началъ чисто философскихъ, при изложеніи системы государственнаго права всегда „наблюдаютъ".

Повидимому, гораздо болѣе серьезными были возраженія неофиціальнаго оппонента, извѣстнаго профессора философіи и въ ту пору декана историко-филологическаго факультета, П. Д. Юркевича, который отмѣчалъ слабыя стороны диссертаціи въ логическомъ отношеніи [1]). Къ сожалѣнію, эти возраженія остались неопубликованными.

Только изъ скромности или изъ нежеланія спорить съ неспеціалистомъ Сергѣевичъ отвѣтилъ своему главному оппоненту, что положительная метода еще не примѣнялась на дѣлѣ. Онъ могъ бы сослаться на свой собственный опытъ и въ частности на приложеніе къ своей докторской диссертаціи, котораго страннымъ образомъ не замѣтилъ проф. Мильгаузенъ. Это приложеніе озаглавлено „Солидарность и единообразіе соціальныхъ явленій" (стр. 217—230). Въ немъ авторъ указываетъ „нѣсколько характеристическихъ единообразій въ ходѣ исторической жизни европейскихъ народовъ на самой ранней ступени ихъ государственнаго развитія". Повторивъ вкратцѣ основные выводы о главныхъ началахъ политическаго быта древней Руси, онъ замѣчаетъ: „Всѣ явленія нашей древней жизни правильно солидарны. Довольно взять одно изъ нихъ и по его особенностямъ можно уже предугадывать особенность другихъ. Если будетъ позволено такъ выразиться, общественный бытъ древней Россіи былъ высѣченъ изъ одного цѣльнаго камня и одной рукой" (222). Въ параллель этимъ выводамъ авторъ приво-

[1]) Свѣдѣнія о докторскомъ диспутѣ Сергѣевича заимствованы изъ Московскихъ Вѣдомостей, 1871, № 76.

дитъ наблюденія Цепфля надъ бытомъ древнихъ германцевъ, Кэмбля надъ бытомъ англо-саксовъ и Іеринга о характерныхъ основахъ древняго римскаго права и заключаетъ: „Таковъ рядъ единообразій, открываемый путемъ сравнительно-историческаго наблюденія первыхъ зачатковъ государственной жизни европейскихъ народовъ. Общія характеристики этого первоначальнаго быта, дѣлаемыя нѣмецкими и англійскими учеными, до такой степени сходятся, что можно подумать, что они имѣли подъ руками одинъ и тотъ же матеріалъ, — такъ много общаго представляетъ этотъ бытъ у всѣхъ народовъ, у которыхъ онъ только былъ наблюдаемъ... Таковъ эмпирическій законъ, подтверждаемый весьма обширными наблюденіями» (стр. 228).

Къ сожалѣнію, эти цѣнные методологическіе опыты историческаго сравненія не встрѣтили надлежащей оцѣнки не только на диспутѣ, но и въ критической литературѣ, которая о второй книгѣ Сергѣевича едва ли не исчерпывается незначительной замѣткой В. Лешкова [1]). А между тѣмъ, Сергѣевичъ поставилъ раньше въ русской литературѣ ту самую тему, болѣе подробную обработку которой черезъ два года предложилъ Эдуардъ Фриманъ въ своей Comparative politics.

Съ 1868 г. Сергѣевичъ вступилъ въ ряды преподавателей Московскаго университета доцентомъ государственнаго права; въ 1872 г. онъ былъ уже ординарнымъ профессоромъ. Но въ маѣ того же года состоялось его избраніе на каѳедру исторіи русскаго права въ Петербургскій университетъ. Избирательный протоколъ подписали такіе корифеи русской юридической науки, какъ Рѣдкинъ, Пахманъ, Янсонъ, Андреевскій, Градовскій, Горчаковъ, Таганцевъ. Избраніе было единогласнымъ,—фактъ, не часто встрѣчающійся въ лѣтописяхъ университетовъ. Ученый авторитетъ Сергѣевича уже въ ту пору серьезно импонировалъ. 27 сентября 1872 г. онъ прочелъ вступительную лекцію къ своему курсу, и съ этихъ поръ начался новый періодъ его преподавательской и ученой дѣятельности.

Научные труды В. И. Сергѣевича въ новыхъ условіяхъ обстановки и преподавательской дѣятельности не сразу возобновились. Происходитъ какъ бы нѣкоторое колебаніе ученыхъ интересовъ изслѣдователя; онъ какъ бы задумывается надъ вопросомъ,

---

[1]) Юридическій Вѣстникъ, 1871, книжка вторая; біографическія замѣтки, стр. 110—112.

въ какую сторону цѣлесообразнѣе направить свои ученыя силы. Съ одной стороны старые вкусы влекутъ къ московской старинѣ и методологическимъ вопросамъ; съ другой—благодаря случайнымъ обстоятельствамъ, передъ изслѣдователемъ всталъ важный и обширный вопросъ изъ исторіи законодательной политики и сословныхъ нуждъ XVIII вѣка.

Несмотря, однако, на обширный матеріалъ и массу поводовъ углубиться въ изученіе тѣхъ или иныхъ вопросовъ, затрагиваемыхъ въ матеріалахъ Екатерининской комиссіи, Сергѣевичъ не увлекся этими темами. Его ученый интересъ предпочтительнѣе уходилъ въ области древняго права. Черезъ годъ по выходѣ въ свѣтъ перваго тома редактируемыхъ имъ памятниковъ, Сергѣевичъ обнародовалъ двѣ новыхъ своихъ работы, одну по трудному и недоумѣнному вопросу о древнѣйшихъ юридическихъ памятникахъ нашихъ лѣтописей, для объясненія котораго было потрачено много труда [1]), и другую на довольно избитую тему объ обычномъ правѣ [2]).

Къ многочисленнымъ толкованіямъ договоровъ Руси съ греками Сергѣевичу удалось прибавить нѣсколько весьма любопытныхъ наблюденій.

Наряду съ этимъ весьма спеціальнымъ изслѣдованіемъ, работа объ обычномъ правѣ имѣетъ гораздо болѣе широкое общее значеніе и не только для историковъ. Въ ней поставленъ, прежде всего, основной вопросъ о происхожденіи обычнаго права, имѣющій и важное методологическое значеніе. При рѣшеніи этого вопроса Сергѣевичъ выступилъ горячимъ противникомъ мнѣнія Пухты о происхожденіи обычая и другихъ источниковъ права изъ національнаго духа. Съ своей индивидуалистической точки зрѣнія о господствѣ въ древнемъ быту частной воли онъ и въ основу происхожденія обычнаго права положилъ дѣятельность отдѣльныхъ лицъ, изъ которой можетъ возникнуть обычай, но возникаетъ не всегда, а лишь при извѣстныхъ благопріятныхъ условіяхъ. Отдѣльныя лица болѣе энергичныя и сильныя самоопредѣляютъ образъ своего поведенія, сознательно руководясь соображеніями цѣлесообразности. При благопріятныхъ резуль-

---

[1]) Греческое и русское право въ договорахъ съ греками X вѣка. „Журн. Мин. Нар. Просв.“ 1882, ч. 219, янв. 82—115. Хотя въ концѣ статьи стоитъ помѣта: „окончаніе слѣдуетъ“, но продолженія статьи вовсе не появилось.

[2]) Опыты изслѣдованія обычнаго права. Наблюдатель, 1882, № 1, 80—97 и № 2, 213—240.

татахъ они и сами слѣдуютъ собственнымъ прецедентамъ и могутъ стать образцомъ для подражанія со стороны нѣкоторыхъ, а потомъ и многихъ другихъ. Лишь при наличіи послѣдняго условія создается почва для возникновенія обычая. Инціатива сильнаго и инертность окружающей массы, слѣдующей примѣру сильнаго, образуетъ два необходимыхъ элемента зарождающихся обычаевъ. Первые историческіе обычаи представляютъ собою санкціонированныя нормы поведенія сильныхъ. Таковы право мести, институтъ рабства, приниженное положеніе женщины. Но въ исторіи приходится слѣдить за смѣной обычаевъ, вымираніемъ старыхъ и зарожденіемъ новыхъ. Тѣ страницы, на которыхъ Сергѣевичъ набрасываетъ схему того переходнаго общественнаго состоянія, когда старое объективное право расшатано, перестаетъ быть дѣйствующимъ и не замѣнено другимъ, когда между правомъ и простымъ фактомъ нѣтъ возможности провести разграничительной черты, принадлежитъ безспорно къ однимъ изъ самыхъ замѣчательныхъ изъ всего написаннаго Сергѣевичемъ.

Во второй части этой статьи излагается значеніе обычнаго права въ княжеской и царской Россіи. Здѣсь особенно интересно изображеніе правительственной практики московскихъ государей, идущей въ разрѣзъ съ стариной, создающей новые порядки путемъ отдѣльныхъ, частныхъ мѣръ, оправдываемыхъ въ глазахъ самого правительства ссылками на старину, но не дѣйствительную, а вымышленную, фиктивную. Только благодаря этой фикціи и въ исторіи нашего права найденъ былъ выходъ на новые пути изъ давящихъ тисковъ мертвящей старины.

Эта статья, въ особенности въ ея первой части о происхожденіи обычая, вызвала горячія возраженія въ литературѣ. Историки права, увѣровавшіе вслѣдъ за нѣмецкими націоналистами исторической школы въ доисторическое бытіе общеславянскаго права, какъ продукта славянскаго національнаго духа, отвергли всѣ исходныя положенія и выводы Сергѣевича, обвинивъ его въ смѣшеніи права съ произволомъ [1]). Но эти возраженія, понятныя въ устахъ гегельянцевъ, въ настоящее время совершенно утратили свою убѣдительность. А съ утратой вѣры въ національный духъ, въ обществен-

---

[1]) М. Ф. Владимірскій-Будановъ. Обзоръ исторіи русскаго права, изд. 2, 1888, стр. 84; изд. 4, стр. 88 и 301: Ѳ. И. Леонтовичъ. Старый земскій обычай, въ Трудахъ VI археологическаго съѣзда, т. IV, стр. 127—135.

ный коллективъ что можетъ замѣнить рѣжущую глаза роль индивидуальности?

Въ эту пору Сергѣевичъ задается цѣлью издать пособіе для своихъ слушателей и выработалъ планъ, осуществленный въ 1883 г., изданіемъ „Лекцій и изслѣдованій по исторіи русскаго права". Онъ перепечаталъ цѣликомъ свои изслѣдованія по исторіи права лишь съ небольшими измѣненіями и пропусками, а остальные отдѣлы курса изложилъ по исправленнымъ литографированнымъ лекціямъ. Но самую мысль объединить въ одномъ изданіи ученыя изслѣдованія и краткое и даже конспективное изложеніе другихъ вопросовъ нельзя признать удачной. Получился обширный томъ крайне неравномѣрный въ отдѣльныхъ своихъ частяхъ [1]). Хотя авторъ находилъ, что эти недостатки книги исправимы: „изложенное слишкомъ подробно можетъ быть сокращено, изложенное слишкомъ кратко пополнено на основаніи устнаго чтенія"; не можетъ, однако, подлежать сомнѣнію, что для слушателей автора было крайне затруднительно изучать его изслѣдованія, которыя лишь для немногихъ могли служить пособіемъ при слушаніи лекцій и подготовкѣ къ экзаменамъ. Тѣмъ не менѣе еще при жизни автора „Лекціи и изслѣдованія" выдержали четыре изданія, но, начиная со 2-го, съ существенными отступленіями отъ 1-го. Дѣло въ томъ, что съ 1893 г. Сергѣевичъ прекратилъ въ своихъ лекціяхъ изложеніе всего такъ называемаго императорскаго періода, вслѣдствіе чего этотъ отдѣлъ въ „Лекціи и изслѣдованія" болѣе не включался. Затѣмъ изъ нихъ постепенно исключались тѣ отдѣлы, которые находили обработку въ „Русскихъ юридическихъ древностяхъ". Въ послѣднія два изданія вошли отдѣлы исторіи источниковъ права и, главнымъ образомъ, исторіи уголовнаго и гражданскаго права, а также судопроизводства; по исторіи же государственнаго права тамъ оставались лишь немногіе институты, какъ, напр., мѣстничество, преемство престола и цѣликомъ исторія управленія, которые не нашли мѣста въ „Древностяхъ" [2]).

Вслѣдъ за выходомъ въ свѣтъ 1-го изданія „Лекцій и изслѣдованій" начинается подготовка систематически разработанныхъ отдѣловъ исторіи русскаго государства.

---

[1]) Лекціи и изслѣдованія по исторіи русскаго права, 1883 г., стр. VIII+997.

[2]) Лекціи и изслѣдованія по древней исторіи русскаго права, 1894, стр. VIII+282; изд. 3, 1903, стр. VIII+664; изд. 4, 1910, стр. VIII+667.

Въ 1890 г. появился первый томъ, „Русскихъ юридическихъ древностей", содержащій изслѣдованія территоріи и населенія. Въ предисловіи авторъ выразилъ мысль, что „наша древность представляетъ медленную, но постоянную смѣну явленій. Въ юридическомъ бытѣ Московскаго государства можно найти слѣды глубокой старины, но въ цѣломъ московскіе порядки отрицаютъ старину. Задача настоящаго труда выяснить первоначальное положеніе дѣла по двумъ указаннымъ вопросамъ и прослѣдить его до конца XVII в. На новыхъ явленіяхъ московской жизни мы останавливаемся, насколько они имѣютъ прямое отношеніе къ старинѣ, отрицая ее или дополняя". Но было бы неправильно заключить изъ этихъ словъ, что московское право въ „Юридическихъ древностяхъ" занимаетъ лишь второстепенное мѣсто. Наоборотъ, значительно большая половина книги посвящена разсмотрѣнію московскихъ порядковъ, отрицающихъ старину и создающихъ новое право.

Второй томъ „Русскихъ юридическихъ древностей", подъ общимъ подзаголовкомъ „Власти", появился не сразу, а двумя выпусками [1]). Первый изъ нихъ, хотя и носитъ то же заглавіе, какъ и вышедшіе въ 1867 г. историческіе очерки, но существенно отличается какъ по изложенію, такъ и по содержанію. Изъ прежняго труда взяты только четыре главы и часть еще одной и все написано вновь, отчасти по новому плану и съ присоединеніемъ и новыхъ темъ, напр., о служебныхъ князьяхъ. Второй же выпускъ содержитъ обработку вопросовъ о княжеской думѣ и о политической роли духовенства, о которыхъ раньше автору не приходилось говорить въ печати (кромѣ нѣсколькихъ замѣчаній о княжеской думѣ въ изслѣдованіи „Вѣче и князь", въ отдѣлѣ объ управленіи). Его обработка указанныхъ темъ настолько уклонилась отъ рѣшенія ихъ въ предшествующей литературѣ, что авторъ почелъ необходимымъ присоединить еще двѣ главы для обзора и оцѣнки литературныхъ мнѣній, почему эти главы носятъ въ значительной мѣрѣ полемическій характеръ.

Съ 1900 г. въ *Журналѣ Министерства Народнаго Просвѣщенія* сталъ появляться рядъ статей Сергѣевича подъ общимъ заглавіемъ „Древности русскаго землевладѣнія", хотя въ нихъ шла рѣчь не только о землевладѣніи. Статьи эти окончились печата-

---

[1]) Русскія юридическія древности. Томъ второй. Власти. Выпускъ первый. Вѣче и князь, 1893, стр. X+336. Выпускъ второй. Совѣтники князя. 1896, стр. VIII+337+618.

ніемъ лишь къ концу 1902 г. [1]). Въ слѣдующемъ году эти статьи, съ добавленіемъ къ нимъ новой заключительной главы, вышли отдѣльнымъ томомъ, составившимъ какъ бы продолженіе изданныхъ двухъ томовъ юридическихъ древностей [2]). По внутренней связи можно было ожидать иныхъ темъ для третьяго тома „Древностей"; но едва ли читатель станетъ за то пенять на автора въ виду огромнаго интереса и важности поставленныхъ имъ на очередь, хотя и внѣ прямой связи съ предшествующими, вопросовъ, которыхъ раньше ему не приходилось затрагивать въ печати. Но въ виду того, что эти вопросы неоднократно ставились и рѣшались въ предшествующей литературѣ, автору пришлось считаться съ этими рѣшеніями и обычно отвергать ихъ, какъ неправильныя. Полемическіе выпады характеризуютъ не въ меньшей мѣрѣ и этотъ третій и, къ великому сожалѣнію любителей русской старины, послѣдній томъ „Древностей". Энциклопедія древностей русскаго права осталась далеко незначительной. Но и то, что сдѣлано Сергѣевичемъ для этой фундаментальной постройки, образуетъ грандіозный памятникъ его ученой славы.

Этотъ его трудъ въ цѣломъ до сихъ поръ ни разу не былъ предметомъ оцѣнки въ критической литературѣ. Нѣсколько рецензій появилось объ отдѣльныхъ частяхъ по мѣрѣ выхода ихъ въ свѣтъ [3]). Наибольшее вниманіе остановилъ на себѣ 2-й выпускъ второго тома, гдѣ Сергѣевичъ высказалъ свое оригинальное мнѣніе о княжеской или боярской думѣ, которой авторъ не отвелъ мѣста, по неопредѣленности состава и отсутствію самостоятельной компетенціи, въ ряду учрежденій не только древнѣйшей Руси, но даже и Московскаго государства. По утвержденію автора, подобранныя другими изслѣдователями свидѣтельства источниковъ относятся

---

[1]) Древности русскаго землевладѣнія. Журн. Мин. Нар. Просв., 1900, ч. 331, сент., 58—89; окт., 225—273; 1901, ч. 333, февр., 293—353; ч. 334, мартъ 37—71; апр. 338—358; 1902, ч. 340, мартъ, 1—66; ч. 343, сент., 93—148; ч. 344, дек., 307—361.

[2]) Древности русскаго права. Томъ третій. Землевладѣніе. Тягло. Порядокъ обложенія. 1903, стр. XII+496; изд. 2, 1911, стр. XII+496.

[3]) Ср. В. Н. Сторожевъ. Русскія юридическія древности, т. I. Территорія и населеніе. Юрид. Вѣстн., 1890, № 7. 477—484; Н. Н. Дебольскій. Русскія юридическія древности, т. I. Территорія и населеніе, т. II, вып. I. Вѣче и князь. Журн. Мин. Нар. Просв., 1894, ч. 294, авг., 405—447; ч. 295, сент., 151—190; М. Дьяконовъ. Древности русскаго права, т. III. Землевладѣніе. Тягло. Порядокъ обложенія. „Журн. Мин. Нар. Просв.", 1904, ч. 354, іюнь, 136—207.

вовсе не къ боярской думѣ, а къ другому учрежденію, именно къ боярской коллегіи, возникшей въ эпоху опричнины и извѣстной позднѣе подъ именемъ расправной палаты. Эти выводы, встрѣченные сначала вполнѣ сочувственно въ текущей журнальной прессѣ [1]), позднѣе вызвали единодушный отпоръ исторической критики, съ разныхъ точекъ зрѣнія отмѣтившей односторонность, а иной разъ и противорѣчивость построеній автора [2]). Гораздо чаще обсуждались отдѣльные частичные вопросы, затронутые въ «Древностяхъ», напр., о возникновеніи крѣпостного права [3]), о кабальномъ и докладномъ холопствѣ [4]), о закладняхъ [5]), о закупахъ [6]), о смердахъ [7]) и мно-

---

[1]) С. А—въ. Русскія юридическія древности, т. II, вып. II. Сѣверный Вѣстникъ, 1896, № 8, 344—349; Міръ Божій, 1896, № 8, 13—17; Н. Дебольскій. В. И. Сергѣевичъ. Русскія юридическія древности, т. II. Власти. Вып. 2. Совѣтники князя; Журн. Юрид. Общества, 1896, № 9, 7—12; Русская Мысль, 1896, № 9, 416—419; Русское Богатство, 1896, № 10, 57—65.

[2]) Однимъ изъ первыхъ выступилъ съ возраженіями Н. К. Пиксановъ, ожидавшій встрѣтить въ новомъ изданіи „Боярской Думы“ В. О. Ключевскаго отвѣтъ на возраженія Сергѣевича, но обманутый въ своихъ ожиданіяхъ: Н. К. П—въ. Къ вопросу о Боярской Думѣ (По поводу новаго изданія сочиненія проф. В. О. Ключевскаго „Боярская Дума“). Журн. Мин. Юст., 1903, мартъ, 334—360; ср. соотвѣтственныя мѣста: М. Ф. Владимірскій-Будановъ. Обзоръ исторіи русскаго права, изд. 3; А. Н. Филипповъ. Учебникъ исторіи русскаго права, 1907; М. Дьяконовъ. Очерки общественнаго и государственнаго строя древней Руси, С. Ѳ. Платоновъ. Исторія правительствующаго сената за двѣсти лѣтъ, т. I, 1911. Введеніе, 37—39.

[3]) П. Н. Милюковъ. Спорные вопросы финансовой исторіи, 1892, 85—87 (о ссудной крестьянской записи); М. Дьяконовъ. Очерки исторіи сельскаго населенія, 1899 г. (о бѣглыхъ крестьянахъ; о крестьянской задолженности; о сближеніяхъ съ кабальнымъ холопствомъ); Н. Н. Дебольскій. Къ вопросу о прикрѣпленіи владѣльческихъ крестьянъ. Журн. Мин. Нар. Просв., 1895, ч. 302, ноябрь, 77—114; Д. М. Одынецъ. Къ исторіи прикрѣпленія владѣльческихъ крестьянъ. Журн. Мин. Юст., 1908, № 1, 102—144 и др.

[4]) Н. П. Павловъ-Сильванскій. Люди кабальные и докладные. Журн. Мин. Нар. Просв., 1895, ч. 297, янв., 210—239.

[5]) Н. П. Павловъ-Сильванскій. Закладничество-патронатъ, 1897.

[6]) М. Н. Ясинскій. Закупы Русской Правды и памятниковъ западно-русскаго права. Сборникъ въ честь М. Ф. Владимірскаго-Буданова. 1904.

[7]) А. Е. Пресняковъ. Княжое право въ древней Руси, 1909, 206—214, 279—293.

*

гіе другіе. Далеко не на всѣ разногласія съ нимъ могъ отозваться Сергѣевичъ. Но нѣкоторые вопросы вызвали съ его стороны новый пересмотръ ихъ; такова новая переработка вопроса о закладничествѣ [5]). По другимъ онъ вносилъ соотвѣтственныя измѣненія въ новыя изданія „Древностей“ [6]) или подвергалъ критикѣ при обзорѣ литературныхъ мнѣній. Такъ, напр., въ третьемъ томѣ онъ неоднократно возвращается къ вопросу о разныхъ группахъ сельскаго населенія, въ частности къ крестьянамъ, и критикуетъ мнѣнія, съ нимъ несогласныя. Помимо мелкихъ редакціонныхъ измѣненій въ новыхъ изданіяхъ „Древностей“ можно отмѣтить въ нихъ и нѣкоторыя измѣненія и по существу; напр., новое двойственное пониманіе бѣглыхъ крестьянъ; иное толкованіе ссудной крестьянской записи; признаніе, въ отступленіе отъ прежней точки зрѣнія, издѣльнаго серебра займомъ, ростъ на который покрывается работой, издѣльемъ; коренное измѣненіе взгляда на черно-волостныя земли, какъ слѣдствіе новыхъ собственныхъ изысканій по исторіи землевладѣнія. Иные отдѣлы въ новыхъ изданіяхъ „Древностей“ прямо дополнялись новыми изслѣдованіями автора, то по спеціальнымъ вопросамъ московскаго права [7]), то въ областяхъ сравнительно-историческаго изученія и не только древне-европейскаго, но и восточнаго права [8]).

Въ составъ „Древностей“ попали, однако, не всѣ историческія изслѣдованія Сергѣевича. Въ числѣ таковыхъ необходимо прежде всего отмѣтить его трудъ о Русской Правдѣ [9]), который перепечатанъ въ 3-мъ и 4-мъ изданіяхъ „Лекцій и изслѣдованій“. Нѣкоторыя существенныя измѣненія въ этотъ трудъ вноситъ преди-

---

[5]) Закладничество въ древней Руси. Журн. Мин. Нар. Просв., 1901, ч. 337, сент., 111—133; статья вошла во 2 изд. перваго тома. Ср. Н. П. Павловъ-Сильванскій. Новое объясненіе закладничества. Журн. Мин. Нар. Просв., 1901, ч. 337, окт., 444—493.

[6]) Русскія юридическія древности, т. I, изд. 2, 1902, стр. XII+555; Древности русскаго права, т. I, изд. 3, 1909, стр. XVI+688; Русскія юридическія древности, т. II, изд. 2, 1900, стр. XII+618; Древности русскаго права, т. II изд., 3, 1908, стр. XII+658.

[7]) Военныя силы Московскаго государства. Журн. Мин. Юст. 1905, нояб., 3—68.

[8]) Первичныя народныя собранія у германцевъ и грековъ. Журн. Мин. Юст., 1907, дек., 3—33; Законы царя Хаммураби и библія о несвободныхъ людяхъ. Журн. Мин. Юст., 1908, ноябрь, 3—20.

[9]) Руская Правда и ея списки. Журн. Мин. Нар. Просв., 1899, 31. ч, янв. 1—41.

словіе къ предпринятому имъ изданію Русской Правды [1]), которое представляетъ новый опытъ экзегезы этого памятника въ смыслѣ дѣленія списковъ на редакціи и текста на статьи. Не нашла себѣ мѣста ни въ „Древностяхъ“, ни въ „Лекціяхъ“ интересная статья о земельныхъ порядкахъ и нуждахъ крестьянъ Архангельской провинціи по ихъ наказамъ, являющаяся предисловіемъ къ тому CXXIII Сборника Русск. Ист. Общ. [2]).

Таковъ, повидимому, полный перечень историческихъ трудовъ В. И. Сергѣевича. Въ чемъ состоитъ ихъ общая характеристика, т. е. въ чемъ ихъ выдающіяся достоинства и каковы ихъ существенные недостатки? Пожалуй, иные скажутъ, что не настало еще время ихъ надлежащей оцѣнки. Можетъ быть, это и такъ. Но и намъ, его ученикамъ, современникамъ, а иногда и противникамъ по тѣмъ или другимъ историческимъ вопросамъ, совершенно естественно сдѣлать попытку этой общей характеристики, которая можетъ оказаться не одинаковой. Предлагаю опытъ посильнаго подведенія итоговъ ученыхъ его заслугъ и отрицательныхъ чертъ его, какъ историка права. Мой опытъ будетъ не первымъ, такъ какъ, подобная оцѣнка заслугъ Сергѣевича только что предложена проф. Ѳ. В. Тарановскимъ [3]).

Одна существенно отрицательная черта его, какъ историка, отмѣчена ученой критикой въ оцѣнкѣ его перваго выдающагося труда: А. Д. Градовскій важнѣйшимъ недостаткомъ „Вѣча и князя“ призналъ излишній догматизмъ всего построенія. Верховнымъ признакомъ исторіи является движеніе; у Сергѣевича все содержаніе его историческихъ очерковъ сводится къ выясненію „началъ“, неподвиж-

---

[1]) Русская Правда въ четырехъ редакціяхъ по спискамъ Археографическому, Троицкому и кн. Оболенскаго съ дополненіями и варіантами изъ другихъ списковъ. 1904, стр. XXII+51; изд. 2, 1911, стр. XXII+51.

[2]) Крестьянскія права и общинное землевладѣніе въ Архангельской губерніи XVIII в. Журн. Мин. Юст., 1907, № 2, 1—30.

[3]) Выше было отмѣчено, что до сихъ поръ не существуетъ оцѣнки „Древностей“ въ цѣломъ объемѣ. Этотъ пробѣлъ въ значительной мѣрѣ пополненъ работой проф. Ѳ. В. Тарановскаго: „Отзывъ о сочиненіи В. И. Сергѣевича: Древности русскаго права, т. I, 1909 г., т. II, 1908 г. (изд. 3), составленный по порученію юридическаго факультета Императорскаго Юрьевскаго университета для присужденія преміи графа Сперанскаго“, Юрьевъ, 1911. Стр. 114. Въ этомъ интересномъ отзывѣ, помимо частичныхъ возраженій по существу, особенно цѣнны указанія на „предтечъ“ Сергѣевича главнымъ образомъ по вопросамъ, составляющимъ содержаніе второго тома.

ныхъ и не измѣняющихся на всемъ пространствѣ разсматриваемаго періода. Правда, самъ критикъ призналъ, что „сочиненія по исторіи права не могутъ давать такого преобладающаго значенія историческому матеріалу, какъ общія историческія сочиненія. Выясненіе юридическихъ началъ всегда должно быть главною ихъ цѣлью". Значитъ, самъ по себѣ догматизмъ явленіе совершенно законное и необходимое въ трудахъ по исторіи права. Но какъ далеко оно можетъ идти? Гдѣ его границы? „Историческое развитіе права состоитъ именно въ переходѣ отъ одного начала къ другому подъ вліяніемъ разнообразныхъ условій", отвѣчаетъ критикъ. Въ историческихъ очеркахъ Сергѣевича онъ не видитъ никакихъ признаковъ историческаго движенія и развитія элементовъ древняго общества (выше, стр. 14—15).

Ѳ. В. Тарановскій въ значительной мѣрѣ примыкаетъ къ этому мнѣнію. „Отличительной особенностью историко-юридическаго изслѣдованія", говоритъ онъ, „является не только сосредоточеніе его на вопросахъ права, но и облеченіе результатовъ изученія прошлаго въ рядъ законченныхъ догматическихъ конструкцій и системъ. Всякое догматическое построеніе охватываетъ общественныя явленія со стороны ихъ статики. Динамика при этомъ страдаетъ и тѣмъ болѣе, чѣмъ болѣе продолжительный періодъ развитія подвергается однообразной (т. е. исходящей изъ однихъ и тѣхъ же принциповъ) догматизаціи". Поэтому упрекъ Градовскаго „*долженъ быть ослабленъ* въ той мѣрѣ, въ какой вызвавшій его пріемъ изслѣдованія можетъ быть отнесенъ къ спеціальнымъ свойствамъ исторіи права". Изъ только что приведеннаго мнѣнія Градовскаго легко усмотрѣть, что такое „ослабленіе" возраженія признано и имъ. Онъ, однако, находилъ, что и въ предѣлахъ этого ослабленія догматизмъ Сергѣевича идетъ дальше возможнаго. То же самое думаетъ и Ѳ. В. Тарановскій: „увлеченіе догматической точкой зрѣнія покоя въ ущербъ верховному началу исторіи—идеѣ движенія—наступаетъ тогда, когда историкъ-юристъ простираетъ однообразное дѣйствіе однихъ и тѣхъ же правовыхъ принциповъ дальше тѣхъ предѣловъ времени, въ которыхъ они на самомъ дѣлѣ сохраняли свою организаціонную силу и значеніе. Чтобы избѣгнуть такого увлеченія, необходимо внимательно слѣдить за нарожденіемъ новыхъ правовыхъ принциповъ, тщательно выдѣлять ихъ и соотвѣтственно этому строить не одну, а нѣсколько смѣняющихъ другъ друга догматическихъ системъ". По его мнѣнію, Сергѣевичъ не соблюлъ послѣдняго правила, а потому динамика страдаетъ въ его трудахъ больше, чѣмъ то можетъ быть допущено „усло-

віями историко-юридической догматизаціи" (87—88). Къ сожалѣнію, критикъ не показалъ ни на одномъ конкретномъ примѣрѣ, какъ могла бы быть исправлена излишняя догматизація въ трудахъ Сергѣевича. Онъ даже намѣренно устранилъ себя отъ критики въ этомъ направленіи, вслѣдствіе чего его указанія значительно теряютъ въ своей доказательности.

Въ другомъ мѣстѣ своего отзыва Ѳ. В. Тарановскій въ самомъ заглавіи труда Сергѣевича „Древности права" въ отличіе отъ „исторіи права" усматриваетъ извѣстное измѣненіе „въ постановкѣ задачи изслѣдованія". „Древности рисуютъ картину статическаго состоянія права въ отдаленномъ прошломъ; исторія изучаетъ движеніе права въ прошломъ съ цѣлью установленія закономѣрности правового развитія и объясненія современнаго его состоянія". Подтвержденіе своей догадки рецензентъ видитъ, какъ въ предисловіи къ первому тому, гдѣ авторъ задачей своего труда ставитъ выясненіе „первоначальнаго положенія дѣла" и затѣмъ лишь наблюденіе новыхъ явленій, насколько они имѣютъ прямое отношеніе къ старинѣ, такъ и въ разсѣянныхъ по „Древностямъ" замѣчаніяхъ, въ которыхъ сквозитъ та же мысль (стр. 9 и слѣд.). Но самъ же рецензентъ отмѣчаетъ, что эта антикварная точка зрѣнія оказалась, къ счастью, не выдержанной и въ „Древностяхъ" можно прослѣдить наслоеніе двоякихъ древностей—до-московскихъ и московскихъ, при чемъ послѣднія изложены не въ меньшей полнотѣ, чѣмъ первыя.

Слѣдуетъ ли при объясненіи заглавія труда „Русскими юридическими древностями" или „Древностями русскаго права" исходить изъ только что указанныхъ методологическихъ основаній или же проще объяснить его, по догадкѣ одного историка, заимствованіемъ изъ Гриммовскихъ Deutsche Rechtsalterthümer, не представляется существенно важнымъ. Важнѣе отмѣтить, что Сергѣевичъ уже очень давно началъ защищать положеніе о чрезвычайно медленной смѣнѣ явленій въ нашей исторіи. Эту мысль онъ выразилъ совершенно отчетливо въ послѣдней главѣ своей статьи „Право и государство въ исторіи", гдѣ говоритъ о дѣленіи исторіи русскаго права на періоды. Основаніемъ періодизаціи онъ выставилъ „полную смѣну всего юридическаго строя" и съ этой точки зрѣнія считалъ возможнымъ признать всего лишь два періода въ исторіи русскаго права вмѣсто трехъ, въ рамкахъ которыхъ онъ излагалъ свой курсъ въ 70-хъ годахъ. Въ первомъ изданіи „Лекцій и изслѣдованій" 1883 г. осталось всего лишь два періода, а съ выпаденіемъ изъ курса императорскаго періода остался одинъ періодъ, но курсъ и послѣ того не

пересталъ называться лекціями по *исторіи* древняго русскаго права, которая излагалась безъ раздѣленія на періоды. То же сохранилось и въ „Древностяхъ".

Итакъ, отсутствіе историческихъ періодовъ въ „Древностяхъ" указываетъ какъ бы на крайнее господство въ нихъ догматизма въ ущербъ живому началу движенія, т. е. историческаго развитія. Но отсутствіе внѣшнихъ хронологическихъ рамокъ періодизаціи еще не обозначаетъ, что въ „Древностяхъ" совсѣмъ отсутствуетъ динамика. Въ нихъ отмѣчается старина болѣе древняя и старина московская; а „въ цѣломъ московскіе порядки отрицаютъ старину". Законенъ ли догматизмъ историка права въ предѣлахъ каждаго изъ этихъ двухъ наслоеній старины или необходимы болѣе дробныя ея разслоенія? Общіе историки требуютъ послѣдняго [1]). Но до сихъ поръ они не нашли догматика по своему вкусу. Догматизмъ Сергѣевича ихъ во многомъ не удовлетворяетъ. А между тѣмъ въ этомъ историческомъ догматизмѣ вся сила таланта Сергѣевича и все его величіе, какъ историка права. Равнаго съ нимъ по силѣ въ искусствѣ формулировать догматическія конструкціи историческихъ институтовъ я не могу указать. Осторожный, точный и сухой Неволинъ не идетъ съ нимъ въ рядъ съ своей „Исторіей россійскихъ гражданскихъ законовъ". У того нѣтъ ни той простоты, ни тѣхъ ясности и изящества въ конструкціяхъ, какія такъ легко удаются автору „Древностей". Онъ одинъ умѣетъ подмѣтить самыя характерныя черты института и такъ ихъ выдвинуть и связать, отбрасывая все второстепенное, что получались удивительно отчетливыя схемы. Въ этомъ ему значительно помогалъ его рѣзецъ—замѣчательно простой, точный и яркій языкъ. Всѣ его опредѣленія, характеристики, даже мелкія замѣчанія, останутся навсегда классическими образцами для историковъ права. Но эти свойства таланта Сергѣевича имѣютъ и оборотную сторону. Мастерство конструкцій и схематизацій такъ овладѣло самимъ творцомъ, что онъ становился рабомъ продуктовъ своего творчества. Разъ даны два института, то каждый изъ нихъ, при возможной ихъ близости и взаимодѣйствіи, продолжаетъ жить безъ всякихъ измѣненій, пока на смѣну ихъ не является одинъ или нѣсколько новыхъ институтовъ, но совершенно готовыхъ съ ихъ собственной своеобразной конструкціей. Кабальный человѣкъ или холопъ по служилой кабалѣ и крестьянинъ по порядной записи—

[1]) А. Е. Пресняковъ, въ рецензіи на книгу А. Н. Филиппова „Учебникъ исторіи русскаго права" Журн. Мин. Юст. 1909, февр., 293—297.

это двѣ существенно различныхъ юридическихъ фигуры, которыя существуютъ въ хронологическихъ предѣлахъ „Древностей“ одна рядомъ съ другой, безъ всякаго взаимодѣйствія, и автору кажется юридической безсмыслицей догадка о томъ, что крѣпостное право „явилось юридическимъ утвержденьемъ мысли, послѣдовательно развившейся изъ кабальнаго права посредствомъ приложенія условій служилой кабалы къ издѣльному крестьянству“. Гдѣ тѣ указы, спрашиваетъ Сергѣевичъ, которые распространили на крестьянъ послѣдствія, вытекавшія изъ служилыхъ кабалъ? „Великіе князья московскіе все могутъ, они могутъ и крестьянъ, занявшихъ деньги въ ростъ, приравнять къ кабальнымъ холопамъ. Но такихъ указовъ нѣтъ. Совершенно наоборотъ, княжескіе указы проводятъ рѣзкую границу между кабальными холопами и крестьянами“ (I, изд. 3, 295). И этого указанія совершенно достаточно для автора, чтобы устранить самую мысль о возможныхъ сближеніяхъ

Здѣсь вскрывается еще одна особенность присущаго Сергѣевичу догматизма. Онъ вѣритъ въ силу и дѣйственность московскихъ указовъ не меньше, чѣмъ ихъ творцы. Безъ формулы указа онъ часто затрудняется говорить и о существованіи самого института. Институтъ крестьянскаго перехода по Судебникамъ можетъ быть упраздненъ лишь указной формулой. Поэтому онъ вѣритъ въ наличность указа объ отмѣнѣ Юрьева дня, хотя ищетъ его по строгому толкованію ноябрьскаго указа 1597 г. не тамъ, гдѣ его искали прежніе историки. Догматизмъ „Древностей“ нерѣдко становится излишне узкимъ.

Казалось бы, что авторъ, нарисовавшій вѣчевой бытъ и княжескія отношенія древней Руси по даннымъ бытовой практики и изобразившій такъ живо смѣну обычаевъ и подчиненіе указной практики правительства давящему авторитету старины, могъ легче, чѣмъ кто-либо другой, оцѣнить соотношеніе творческихъ силъ государева указа и бытовой практики въ Москвѣ. Но таково ужъ качество таланта, сильнаго въ одномъ и слабаго въ другомъ. Отъ этихъ именно особенностей догматизма Сергѣевича всего больше пострадала въ его изображеніи динамика общественныхъ явленій или исторія столь замѣчательно формулированныхъ институтовъ.

Другая отрицательная черта „Древностей“ заключается въ ихъ незаконченности и обусловливается этою незаконченностью. Она свойственна исключительно древностямъ второго наслоенія, т. е. московскимъ. Московская эпоха представляетъ гораздо болѣе сложный общественный бытъ, чѣмъ древняя Русь. Большихъ усилій и труда

требуетъ онъ для своего выясненія. Сергѣевичъ занялъ мѣсто въ первыхъ рядахъ работниковъ по его изученію. Но и онъ, какъ и всякій отдѣльный труженикъ, не могъ одолѣть всего обширнаго матеріала и овладѣвалъ имъ постепенно. Онъ самъ случайно указалъ (I, изд. 2, пред. и стр. 226), что въ промежуткѣ между 1-мъ и 2-мъ изданіями перваго тома продолжалъ изучать памятники и изучилъ писцовыя книги, которыя дали ему „твердое основаніе“ для новаго рѣшенія вопроса о волостныхъ черныхъ земляхъ. Существенно переработалъ онъ и вопросъ о закладничествѣ. По частямъ онъ подходилъ къ изученію цѣлаго, но не успѣлъ всѣ части подогнать одну къ другой, примирить ихъ въ стройное цѣлое. Ограничусь однимъ примѣромъ для выясненія сказаннаго.

Второй томъ „Древностей“ носитъ общій подзаголовокъ—*Власти*. Въ первой главѣ идетъ рѣчь о вѣчѣ и князѣ, во второй—о совѣтникахъ князя, именно о думѣ и о духовенствѣ. Читатель естественно можетъ спросить: а гдѣ же среди властей земскій соборъ, гдѣ же самъ самодержавный государь? Если земскій соборъ исключенъ изъ „Древностей“, какъ „новость“, то вѣдь не меньшую „новость“ представляетъ и самодержавный государь. Обойти его молчаніемъ, какъ обойденъ земскій соборъ, оказалось, однако, невозможнымъ. Правда, о земскомъ соборѣ и о государствѣ авторъ говоритъ въ „Лекціяхъ и изслѣдованіяхъ“; но эти двѣ темы обработаны совершенно неравномѣрно: о земскомъ соборѣ дано спеціальное изслѣдованіе, о власти государя—конспективная программа, въ которой больше недоговореннаго, чѣмъ сказаннаго. О государѣ автору пришлось говорить больше въ „Древностяхъ“, но по различнымъ поводамъ и въ разныхъ мѣстахъ. Попробуйте объединить все сказанное во едино. Когда авторъ подходитъ къ выясненію вопроса о московской думѣ, то ему надо было выяснить отношеніе думцевъ къ государю. И онъ говоритъ: „Думный человѣкъ приглашается не случайно на то или другое засѣданіе государевой думы, а въ силу того, что онъ объявленъ думцемъ царя“ (391). Имѣется, однако, „достаточное основаніе сомнѣваться, чтобы московскіе думные люди имѣли по положенію своему право принимать участіе въ рѣшеніи государственныхъ вопросовъ. Такое право думныхъ людей предполагаетъ обязанность московскихъ государей совѣщаться съ ними; а наличность такой обязанности еще никѣмъ не была доказана“ (392). „Московскіе князья не менѣе удѣльныхъ могли всякія дѣла дѣлать одни, не спрашивая ничьего совѣта. Они совѣщались съ думными людьми только тогда, когда сами этого

хотѣли". „Право князя все дѣлать единолично не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію и не нуждается ни въ какихъ дальнѣйшихъ доказательствахъ" (393). Итакъ, всемогущество московскихъ государей превращено въ аксіому. Это и сказывалось въ краткихъ формулахъ, что „московскіе государи все могутъ", въ родѣ только что приведенной по поводу превращенія крестьянъ въ кабальныхъ холоповъ и въ рядѣ другихъ случаевъ.

Но что это за всемогущество? Это, по мнѣнію автора, не абсолютизмъ. Римскіе императоры языческой эпохи соединяли въ своихъ рукахъ абсолютную власть. „Принявъ христіанство, признавъ его догматы, установленные на вселенскихъ соборахъ, сдѣлавшись защитниками и покровителями православной вѣры, императоры ограничили собственную свою волю". Они сдѣлались въ то же время и обязательными покровителями христіанской нравственности. „Только языческіе императоры были абсолютны во всѣхъ дѣлахъ и могли установлять даже поклоненіе такимъ богамъ, какіе имъ нравились; съ принятіемъ христіанства языческій абсолютизмъ свѣтской власти сдѣлался невозможенъ въ христіанскомъ государствѣ [1]). Эти понятія объ ограниченной свѣтской власти греческое духовенство должно было принести и къ намъ". „Московскіе государи были еще менѣе абсолютны, чѣмъ византійскіе императоры" (603—604). Правда, терминъ самодержецъ взятъ изъ греческихъ понятій, но онъ обозначаетъ лишь независимость національной власти; только Грозный, „этотъ душевнобольной философъ на престолѣ", употребляетъ его для обозначенія объема власти въ сферѣ внутренняго управленія, и его самодержавіе „обозначаетъ самостоятельность власти по отношенію къ совѣтникамъ, боярамъ и вельможамъ, а не право обращать въ законъ всякое свое желаніе" (608). „Но есть и другіе пункты, съ точки зрѣнія которыхъ тоже оказывается неприложимой къ власти московскихъ государей идея абсолютизма". (604). Эти пункты хорошо сгруппированы въ „Отзывѣ" Ѳ. В. Тарановскаго. „Ограничивали усмотрѣніе Московскихъ государей: вольная служба бояръ (II, 382), „мнѣнія и привычки служилаго класса" (II, 392), право мѣстничества (II, 645), практика земскихъ соборовъ (II, 651), привилегіи духовенства (II, 657—658), соучастіе во власти „великаго госу-

[1]) См. объ этомъ любопытное замѣчаніе П. В. Безобразова, въ рец. на книгу В. М. Грибовскаго, Народъ и власть въ византійскомъ государствѣ. Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 319, окт., 407—452.

даря патріарха" во время двоевластія, наконецъ, общая публично-правовая традиція или „старина", которой не рѣшались нарушать великіе князья и цари. „Московскимъ государямъ была чужда мысль, что законъ есть то, что имъ нравится, что онъ есть дѣло ихъ произвола" (II, 644) [1]). Но во всѣхъ указанныхъ „пунктахъ" усмотрѣніе московскихъ государей ограничивалось не юридически. Это такое же ограниченіе, какимъ является ограниченіе неограниченнаго государя управлять на твердомъ основаніи существующихъ законовъ. Даже и еще меньше. Но были и формальныя ограниченія власти государей. Сергѣевичъ указываетъ общепризнанныя ограниченія Шуйскаго и королевича Владислава и дѣлаетъ лишь оговорку о Михаилѣ Ѳедоровичѣ: «въ какой мѣрѣ былъ ограниченъ Михаилъ Ѳедоровичъ и кѣмъ, остается совершенно неизвѣстнымъ» (II, 371—375). Но ему извѣстны и еще формальныя ограниченія, какихъ до него никто не подозрѣвалъ, и не знаю, призналъ ли кто-нибудь послѣ его указаній. Первое по времени ограниченіе онъ усмотрѣлъ въ ст. 97 Судебника 2-го: „Это несомнѣнное ограниченіе царской власти и новость: царь только предсѣдатель боярской коллегіи и безъ ея согласія не можетъ издавать новыхъ законовъ" (II, 369). Второй разъ это случилось при поставленіи на патріаршество Никона. Царь, бояре и народъ на колѣняхъ просили Никона принять санъ. Но онъ потребовалъ обѣта о соблюденіи евангельскихъ догматовъ, правилъ св. апостоловъ и св. отцовъ и законовъ благочестивыхъ царей по его указаніямъ. Обѣщаніе было дано. „Что такое произошло 22-го іюля 1652 года въ соборной церкви Успенія Пресвятой Богородицы, при постановленіи Никона въ патріархи? 1652 г. 22-го іюля произошло ограниченіе царской власти. Царь всенародно обѣщался исполнять не только догматы церкви, но и всѣ правила, относящіяся до церкви, хотя бы они входили въ составъ свѣтскаго законодательства византійскихъ императоровъ" (II, 604—605).

Но если такъ изобильно обставлена различными по характеру и значенію ограниченіями власть великихъ князей и царей московскихъ, то какъ быть съ аксіомой ихъ всемогущества? Не звучитъ ли диссонансомъ рядомъ съ этимъ формула, что московскіе государи все могутъ? Едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что подобная несогласованность получила бы то или иное разрѣшеніе, если бы авторъ „Древностей" остановился въ нихъ на подробномъ изуче-

[1]) Отзывъ, стр. 107—108.

ніи функцій единоличнаго представителя власти въ Москвѣ. Но онъ отошелъ далеко въ сторону отъ политическихъ вопросовъ, углубившись въ третьемъ томѣ „Древностей“ въ вопросы народнаго хозяйства и финансоваго управленія. Но и этихъ темъ онъ далеко не довелъ до конца. Незаконченность обработки темъ народнаго хозяйства неизбѣжно отразилась на обработкѣ вопросовъ о населеніи, наглядным подтвержденіемъ чему служитъ то, что авторъ не разъ возвращается къ этимъ темамъ въ третьемъ томѣ своихъ „Древностей“.

Вслѣдствіе той же незаконченности отдѣльныхъ частей, между ними не создалось той спаянности, той солидарности, какая характеризовала соотношеніе древностей перваго наслоенія. Сказать о древностяхъ московскихъ, что онѣ «высѣчены изъ одного камня одною рукою», было бы совершенно невозможно.

Многаго не оставилъ намъ Сергѣевичъ, что такъ хотѣлось бы имѣть въ наслѣдіе отъ него. Но и оставленное имъ наслѣдство, небольшое по количеству страницъ, не часто достается потомству. Цѣнность трехъ томовъ „Древностей“ и тома „Лекцій и изслѣдованій“ всего лучше можетъ быть характеризована указаніемъ, что безъ нихъ не можетъ обойтись ни одинъ серьезный любитель родной старины. Отъ Сергѣевича надо исходить, или къ нему подходить, но миновать его нельзя. Такова судьба ученаго таланта.

Профессоръ *М. М. Ковалевскій* произнесъ слѣдующую рѣчь:

Значеніе работъ В. И. Сергѣевича для сравнительной исторіи государства.

Надъ свѣжей могилой Василія Ивановича Сергѣевича я счелъ возможнымъ сказать приблизительно слѣдующее: „для немногихъ людей безсмертіе наступаетъ послѣ ихъ кончины; для еще меньшаго числа оно открывается при жизни. Василій Ивановичъ Сергѣевичъ положилъ начало своему безсмертію много лѣтъ тому назадъ изданіемъ книги „Вѣче и князь“. Значеніе этого сочиненія не для одной исторіи русскаго права, но для юридическихъ древностей вообще,— скажу болѣе: для установленія общей формулы прогресса, насколько послѣдній касается роста учрежденій, ярко выступитъ при бѣгломъ даже знакомствѣ съ тою постановкой, какую до Сергѣевича нашелъ на Западѣ вопросъ о вѣчѣ или народномъ собраніи.

Въ силу какой-то счастливой интуиціи, великій Спиноза въ своемъ „Богословско-политическомъ трактатѣ“ высказалъ уже догадку, что прямое народоправство или чистая демократія должна быть признана древнѣйшимъ порядкомъ политическаго устройства. Весьма вѣроятно, на эти мысли навели его судьбы еврейскаго народа, которыми такъ много занимается „Богословско-политическій трактатъ“. Позднее появленіе у евреевъ царской власти и аристократическаго по своему составу синедріона могло внушить знаменитому философу мысль о томъ, что монархіи и аристократіи предшествовало непосредственное завѣдываніе всѣмъ народомъ государственными дѣлами, столько же законодательствомъ, сколько судомъ и выборомъ правителей.

Эта мысль могла считаться новшествомъ въ томъ смыслѣ, что у общаго учителя политической мудрости всей древности, среднихъ вѣковъ и эпохи возрожденія—я разумѣю Аристотеля—развитіе государства представлено было какъ разъ въ обратномъ смыслѣ. Въ ближайшемъ соотвѣтствіи съ греческой дѣйствительностью и въ частности съ порядками Аѳинъ, такъ обстоятельно изученными Аристотелемъ, эволюція государства рисуется ему въ слѣдующемъ видѣ. Въ III-ей книгѣ „Политики“ онъ говоритъ, что наличность на первыхъ порахъ лишь небольшого числа доблестныхъ и выдающихся мужей была причиной широкаго единовластія; народъ ставилъ во главѣ людей, всего болѣе его облагодѣтельствовавшихъ. Со временемъ, по мѣрѣ территоріальнаго расширенія государства, умножилось число такихъ людей, почему и перестали довольствоваться монархическимъ устройствомъ и перешли къ устройству аристократическому. Когда со временемъ аристократы, отказавшись отъ служенія общимъ интересамъ, стали пользоваться доходами для собственнаго обогащенія, правительство благороднѣйшихъ смѣнилось правительствомъ наиболѣе богатыхъ, другими словами—аристократія уступила мѣсто олигархіи. Дальнѣйшій ходъ былъ тотъ, что богатые, желая сосредоточить власть въ рукахъ возможно меньшаго числа лицъ, стали ограничивать число участниковъ въ ней. Самая богатая изъ семей добилась единоличнаго господства или тираніи. Но противъ нея вооружился демосъ; онъ низвергъ власть тирановъ и присвоилъ себѣ верховенство. И такъ какъ государство расширилось, а слѣдовательно и увеличилось число его гражданъ, то—прибавляетъ Аристотель—мудрено допустить, чтобы въ настоящее время, помимо демократіи, могла развиться иная форма государственнаго устройства („Политика“, кн. III, § 10).

Спросимъ себя, какъ могло случиться, что въ XVII-мъ столѣтіи теорія преемства монархіи, аристократіи и демократіи, завѣщанная намъ древностью, смѣнилась ученіемъ, по которому демократія признается исходнымъ моментомъ въ развитіи государства? Когда религіозная рознь, вызванная появленіемъ отпавшихъ отъ Рима церквей, при желаніи монарховъ сохранить единовѣріе въ своихъ владѣніяхъ, повела къ скрытому или явному возстанію части ихъ подданныхъ, во Франціи, Англіи, Германіи, Италіи, стали появляться одновременно ученія о томъ, что короли получили свою власть отъ народа, подлежатъ отвѣтственности передъ нимъ за свои дѣйствія и могутъ быть низвергнуты съ престола тѣмъ же народомъ въ томъ случаѣ, когда ихъ велѣнія противны божескому закону и клонятся ко вреду подданныхъ. Писатели, позволившіе себѣ подобное утвержденіе, нашли у одного изъ современниковъ осужденіе подъ кличкою „монархомахи", т. е. монархоотрицатели. Не довольствуясь одними отвлеченными разсужденіями, эти монархоотрицатели постарались обосновать свой взглядъ на историческомъ матеріалѣ. Такъ поступилъ, напримѣръ, Бухананъ въ своемъ „Разсужденіи о правахъ королей у шотландцевъ"; то же сдѣлалъ и тотъ Франсуа Готоманъ, авторъ трактата „Франко-Галлія", который впервые сталъ искать въ лѣтописяхъ и законодательныхъ памятникахъ обоснованіе мысли, что франки выбирали своихъ королей и что французская монархія, поэтому, не только создана народомъ, но и всегда встрѣчала ограниченіе своихъ правъ не въ комъ иномъ, какъ въ томъ же народѣ. Черезъ всю политическую литературу XVII-го вѣка красной нитью проходитъ мысль, что въ такъ называемомъ естественномъ состояніи, предшествующемъ по времени государству, народъ самъ вѣдалъ свои дѣла. Одни писатели, какъ напримѣръ, Алтузій, въ самомъ началѣ XVII-го вѣка связывали дальнѣйшія судьбы демократіи съ этимъ древнѣйшимъ порядкомъ; другіе, наоборотъ, какъ Гуго-де-Гротъ и за нимъ Гоббсъ, признавали добровольный отказъ отъ самовластія со стороны народа источникомъ возникновенія государства въ монархической формѣ. И тѣ, и другіе сходились въ признаніи, что народъ является источникомъ власти монарховъ. Это ученіе продолжало жить и развиваться и въ теченіе всего XVIII-го вѣка. Изъ сочиненій теоретиковъ, въ томъ числѣ Руссо, оно проникло въ сочиненія историковъ, какъ Мабли, и сдѣлалось, такъ сказать, ходячей доктриной. Тѣ основанія, на которыхъ, начиная съ Готомана и оканчивая французскими историками XVIII-го вѣка, утверждалось существованіе народныхъ собраній и выборныхъ королей, были,

однако, настолько шатки, что въ XVIII и XIX вв. нашлись писатели, позволившіе себѣ утверждать какъ разъ обратное, а именно, что народное участіе весьма рано сведено было въ дѣлѣ законодательства къ чисто пасивной роли. Военные смотры, устраивавшіеся сперва въ мартѣ, а затѣмъ въ маѣ, служили средствомъ къ обнародованію законовъ, въ созданіи которыхъ самъ народъ не былъ стороной. Въ этомъ смыслѣ высказывается въ своей „Франкской монархіи" Фюстель-де-Куланжъ, отдаленнымъ предшественникомъ котораго можно считать еще современника и противника Монтескье, аббата Дюбо.

Въ наши дни, какъ и вѣкомъ раньше, вопросъ о границахъ прямого народоправства въ германо-латинскомъ мірѣ остается спорнымъ и по всей вѣроятности навсегда останется таковымъ, въ виду недостатка источниковъ. Цѣлыя столѣтія отдѣляютъ отъ эпохи Меровинговъ и первыхъ королей вестъ-готовъ, лангобардовъ и англосаксовъ, свидѣтельство Тацита о древнихъ германцахъ, какъ „о рѣшающихъ важнѣйшія дѣла" и оставляющихъ въ рукахъ старѣйшинъ—principes—частью докладъ этихъ дѣлъ собранію, частью принятіе постановленій по менѣе важнымъ дѣламъ. Тѣ, кто въ наше время, подобно Віолэ, настаиваютъ на роли народнаго собранія и въ законодательной дѣятельности, и въ выборѣ правителя, принуждены опирать свои положенія на спорныхъ свидѣтельствахъ Григорія Турскаго и другихъ лѣтописцевъ, употребляющихъ выраженіе: „reges statuunt"—короля устанавливаютъ,—въ связи съ упоминаніемъ о томъ, что войско поднимаетъ его на щитѣ. Такъ какъ подобныя свидѣтельства встрѣчаются съ другими, противоположными, въ которыхъ рѣзче выступаетъ роль и самого короля, и свѣтской и духовной аристократіи въ восшествіи и возведеніи на престолъ того или другого претендента, то очевидно, нѣтъ достаточныхъ основаній для признанія, что народу принадлежала рѣшающая роль въ этомъ вопросѣ. Законы лангобардовъ говорятъ скорѣе объ утвержденіи короля народомъ, выражающимъ привѣтствіями и звономъ оружія готовность имѣть его своимъ правителемъ, нежели о прямомъ выборѣ. Тѣ же порядки, по свидѣтельству лѣтописей, обычны были и у другихъ германскихъ и скандинавскихъ народностей, если держаться свидѣтельства лѣтописцевъ (см. Віолэ, „Исторія политическихъ учрежденій Франціи", т. I, стр. 202 и 203, на послѣдней—примѣчанія 2 и 3).

Болѣе рѣшительно выступаетъ роль вѣча у бургундовъ, лангобардовъ и аллемановъ, когда рѣчь идетъ объ изданіи общеобяза-

гельныхъ нормъ или законовъ. Упоминанія о присутствіи всего народа, нерѣдко съ прибавкой: „на публичномъ совѣтѣ", встрѣчаются въ самомъ текстѣ варварскихъ законовъ; о немъ, напримѣръ, заходитъ рѣчь въ прологѣ и эпилогѣ Салической Правды. Віолэ отмѣчаетъ слѣды вѣча еще въ VI вѣкѣ, Григорій Турскій говоритъ о выборѣ Клодвига, послѣ убійства Сигеберта, всѣмъ собраннымъ народамъ; но, по признанію того же Віолэ, Григорій Турскій только отразилъ въ своей лѣтописи ходячія въ его время сказанія, изъ которыхъ многія могли быть и легендарными (ibid., стр. 205 и 206). Что мартовскія и майскія поля, на которыя созываемы были всѣ франки, носящіе оружіе, между прочимъ—для выслушиванія текста капитуляріевъ, были лишь отдаленнымъ подобіемъ вѣча, этого не отрицаютъ даже тѣ французскіе изслѣдователи, которые, подобно Віолэ, не готовы присоединиться къ мнѣнію Фюстеля, видящаго въ нихъ одни военные смотры. Весьма вѣроятно, что и въ эпоху Карловинговъ общеобязательныя нормы издавались нерѣдко подъ вліяніемъ ходатайствъ, исходившихъ отъ народа; но отъ этого до признанія его законодательной роли еще далеко. И если даже въ началѣ третьей династіи, династіи Капетинговъ, сохранилось представленіе, что законъ созидается столько же согласіемъ народа, сколько и постановленіемъ короля (lex fit consensu populi et constitutione regis), то это является простымъ отраженіемъ долго державшагося въ народѣ взгляда на стародавніе порядки.

Еще меньше данныхъ сохранилось о вѣчевыхъ собраніяхъ у саксовъ Англіи. „Совѣтъ членовъ служилаго сословія, мудрыхъ тановъ" (витенагемотъ) рано вытѣснилъ у нихъ народный сходъ, существовавшій, быть можетъ, въ эпоху, когда каждая шира (графство) являлась еще самостоятельнымъ королевствомъ. Пережиткомъ такихъ порядковъ можно, пожалуй, признать тѣ сходы всего взрослаго мужского населенія, которые управитель графства—ширъ-герефа, позднѣе сдѣлавшійся шерифомъ—созывалъ какъ для производства „смотра свободныхъ порукъ", т. е. контроля за союзами десяти и болѣе дворовъ, отвѣчавшихъ другъ за друга въ случаѣ правонарушенія, такъ и для выбора отъ всѣхъ свободныхъ людей графства двухъ „лучшихъ и законнѣйшихъ мужей", которые съ 1215 и 1254 гг. были призваны засѣдать сперва въ большомъ совѣтѣ королевства, а затѣмъ въ нижней палатѣ парламента—палатѣ общинъ. Въ городахъ мэры съ тою же цѣлью выбора двухъ уполномоченныхъ собирали городское вѣче или такъ называемый port-mote. Заключая отъ послѣдующаго къ предыдущему, Гоммъ, вслѣдъ за Кэмблемъ,

въ свою очередь отразившимъ на себѣ вліяніе нѣмецкаго изслѣдователя Филиппса, не прочь былъ признать существованіе съ древнѣйшихъ временъ англо-саксонскаго народнаго вѣча.

Что касается до кельтическихъ народностей, то свидѣтельство Цезаревыхъ „Комментаріевъ“ о древней Галліи таково, что на основаніи ихъ трудно притти къ какому-либо опредѣленному заключенію о томъ, было ли или не было въ его время въ средѣ кельтовъ народное вѣче. Законодательные памятники Ирландіи, своды тѣхъ третейскихъ рѣшеній, въ какихъ участвовали своего рода секуляризированные друиды, такъ называемые брегоны, дали Мэну и за нимъ Д'Арбуа де-Жюбенвиллю право утверждать, что кельтамъ извѣстны были вѣчевые порядки. Такимъ образомъ, у тѣхъ двухъ племенъ, смѣшеніе которыхъ съ латинянами положило основаніе западно-европейской гражданственности, сохранились лишь позднѣйшія по времени и далеко не полныя свидѣтельства о прямомъ народоправствѣ.

На него указываютъ также долго удержавшіеся въ городахъ не одной Италіи „большіе совѣты“, часто совпадавшіе по своему составу съ народнымъ вѣчемъ. Они извѣстны были подъ разными названіями, изъ которыхъ одни, какъ напр., parlamentum или aringa, отвѣчаютъ понятію говорильни, а другіе передаютъ мысль объ общемъ совѣтѣ—commune consilium или commune placitum. Такіе сходы существовали еще въ большинствѣ ломбардскихъ и тосканскихъ коммунъ въ эпоху военнаго столкновенія образованной ими лиги съ имперскими войсками Фридриха Барбароссы. Констанцскій миръ призналъ за городскими совѣтами право выбора ихъ властей или консуловъ, а также право призывать верховнаго судью и правителя города изъ сосѣдней дружественной республики. Этотъ верховный властитель, подъ именемъ „подеста“—слово производное отъ латинскаго potestas,—принималъ на себя осуществленіе возложенныхъ на него обязанностей на выговоренныхъ городомъ условіяхъ, подвергавшихся записи и опредѣлявшихъ, между прочимъ, границы его правомочій.

Не въ одной Италіи города-республики и подъ властью князя, которымъ часто являлся епископъ, устроены были на вѣчевыхъ началахъ. То же можно сказать о рядѣ фландрскихъ, валлонскихъ, германскихъ и романо-швейцарскихъ коммунъ, начиная отъ Гента и Брюгге и оканчивая Женевой. Въ этомъ послѣднемъ городѣ въ XIV-мъ вѣкѣ мѣстный епископъ, въ выданной имъ грамотѣ, признаетъ въ сущности тоже самое, что Руссо, въ иныхъ только выра-

женіяхъ, говоритъ о народномъ суверенитетѣ, неотчуждаемомъ и недѣлимомъ. На это обстоятельство обращено было вниманіе швейцарскимъ писателемъ Вюи, который на этомъ основаніи рѣшился утверждать, что доктрина Руссо построена всецѣло на изученіи порядковъ католической Женевы до эпохи ея церковной и политической реформы Кальвиномъ. Если, такимъ образомъ, слѣды прямого народоправства удержались еще въ позднемъ средневѣковьѣ (а въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, напримѣръ, въ кантонѣ Ури, они не вымерли и по настоящій день), то изъ этого не слѣдуетъ, чтобы начальный періодъ въ ихъ развитіи могъ быть возстановленъ нами въ желательныхъ подробностяхъ и чтобы на ихъ счетъ не возникало серьезнаго разномыслія между знатоками юридическихъ древностей.

Сказанное о германскихъ и кельтическихъ народностяхъ можетъ быть повторено одинаково и по отношенію къ эллинамъ и латинянамъ. Почти единственнымъ источникомъ для сужденія о роли народнаго собранія въ древне-греческихъ королевствахъ является „Иліада“, а она, разумѣется, не разсчитана на то, чтобы дать намъ подробное описаніе вѣчевыхъ порядковъ. Судить о томъ, чѣмъ была древне-греческая „агора“ на основаніи того, чѣмъ являлось аѳинское народное собраніе временъ Перикла и Эфіальта—значило бы явно итти противъ требованій историческаго метода, не допускающаго огульныхъ заключеній отъ послѣдующаго къ предыдущему. Кто знакомъ съ древностями римскаго права и скудостью тѣхъ свѣдѣній, какія мы имѣемъ о древнѣйшихъ по времени собраніяхъ латино-этрусскаго населенія „вѣчнаго города“ по трибамъ, тотъ согласится съ нами, что древнѣйшая природа прямого народоправства на Апеннинскомъ полуостровѣ является еще не выясненной.

Отъ насъ далека, поэтому, мысль считать безспорнымъ утвержденіе Фримана, что наличность князя, вѣча и совѣта старѣйшинъ составляетъ счастливую особенность всѣхъ арійскихъ племенъ. Это утвержденіе заключаетъ въ себѣ, съ одной стороны, нѣкоторое преувеличеніе, не оправдываемое источниками, такъ какъ навязываетъ намъ признаніе, что и въ Индіи, и въ древнемъ Иранѣ мы встрѣчаемся съ повтореніемъ того же процесса медленнаго вымиранія прямого народоправства, какой выступаетъ въ исторіи эллиновъ и германцевъ, а съ другой—не считается съ фактомъ общераспространенности такихъ же порядковъ у племенъ, которыя не имѣютъ ничего общаго съ арійцами и у которыхъ тѣмъ не менѣе—какъ, напримѣръ, у краснокожихъ, кавказскихъ горцевъ, арабовъ и каби-

ловъ,—можно встрѣтиться съ существованіемъ народныхъ собраній или вѣчъ. Самъ я не далекъ отъ мысли, что въ древне-индусскомъ строѣ, какъ и въ иранскомъ, народному сходу пришлось играть выдающуюся роль и что власть раджи на первыхъ порахъ была ничѣмъ инымъ, какъ властью сельско-родового старѣйшины, сперва, быть можетъ, выбраннаго семьями, близкими ему по крови, входящими въ составъ одной съ нимъ племенной или родовой группы. Но сказать, чтобы такое мнѣніе непосредственно вытекало изъ текстовъ древнѣйшихъ юридическихъ сводовъ, а не было бы простымъ умозаключеніемъ отъ послѣдующаго къ предыдущему,—мы, разумѣется, не въ правѣ. Съ другой стороны, у ряда племенъ, ничего не имѣющихъ общаго съ арійцами—какъ показали, между прочимъ, Морганъ и Постъ,—существовали и доселѣ существуютъ народныя вѣча. Съ такимъ вѣчемъ пришлось встрѣтиться и мнѣ у осетинъ и другихъ горцевъ сѣвернаго Кавказа; оно извѣстно подъ осетинскимъ названіемъ „нихасъ“ и обыкновенно представляетъ собою слѣдующую картину. Болѣе тѣсный кругъ образуютъ старшіе по возрасту; за ними слѣдуетъ молодежь, способные носить оружіе мужчины; женщины не всегда отсутствуютъ въ собраніи, но не играютъ на немъ первенствующей роли. Не отсутствовали онѣ вполнѣ и на тѣхъ „мартовскихъ“ и „майскихъ“ поляхъ, изъ которыхъ карловингскимъ правителямъ приходилось удалять ихъ силою, какъ видно, между прочимъ, изъ текста нѣкоторыхъ капитуляріевъ, тщательно собранныхъ Віолэ. Женщины появлялись, вѣроятно, и на древне-германскихъ народныхъ собраніяхъ; въ противномъ случаѣ трудно было бы объяснить, какъ удавалось древней германкѣ осуществлять ту функцію миролюбца, какую приписываютъ ей народныя эпическія сказанія, говорящія о женщинѣ, какъ о „ткущей миръ“. На осетинскомъ сходѣ дѣла прежде всего разбираются стариками, какъ было, вѣроятно, и у древнихъ германцевъ. Если судить по описаніямъ Тацита, то народными старѣйшинами—principes—обсуждались предварительно вопросы, шедшіе на рѣшеніе всѣхъ (Тацитъ, Германія, §§ 11 — 12). Молодежь обыкновенно только присоединяется у осетинъ къ состоявшимся уже рѣшеніямъ, поддерживая ихъ радостными криками. Такъ было, какъ мы знаемъ, и у варварскихъ племенъ, положившихъ начало новой европейской гражданственности: у нихъ согласіе выражалось звономъ мечей, получавшимся отъ ударовъ ихъ о щиты. Какъ старинны народные сходы у кавказскихъ горцевъ, показываетъ частое упоминаніе о

нихъ въ тѣхъ сказаніяхъ о „нартахъ“ или богатыряхъ, которые играютъ въ ихъ средѣ роль нашего былиннаго эпоса.

Мы едва ли впадемъ въ преувеличеніе, сказавъ, что приведенными данными болѣе или менѣе исчерпывается все то, что до появленія книги профессора Сергѣевича было извѣстно о вѣчевыхъ порядкахъ. Мысль искать свѣдѣній о нашемъ древнѣйшемъ государственномъ устройствѣ въ текстахъ русскихъ лѣтописей еще въ сороковыхъ годахъ оставалась чуждой наиболѣе выдающимся историкамъ русскаго права, въ томъ числѣ К. Д. Кавелину. Разбирая извѣстную книгу Терещенки: „Бытъ русскаго народа“, онъ, между прочимъ, рѣшается утверждать, что тщетны были бы попытки раскрыть древнѣйшія условія жизни нашихъ предковъ изученіемъ лѣтописей и что необходимо принимать съ этою цѣлью во вниманіе современный бытъ крестьянъ, столь отличный отъ быта высшихъ сословій. На основаніи уцѣлѣвшихъ у нихъ обычаевъ, обрядовъ, повѣрій только и можно притти къ заключенію о вѣрованіяхъ, объ образѣ жизни, о всемъ общественномъ и политическомъ укладѣ нашихъ отдаленныхъ предковъ. Сообщая объ этомъ на одной изъ литературныхъ поминокъ прошлаго года, посвященной памяти знаменитаго общественнаго и научнаго дѣятеля, какимъ былъ Кавелинъ, я позволилъ себѣ замѣтить, что петербургскому профессору Сергѣевичу, съ помощью отвергнутаго Кавелинымъ метода, удалось установить черты нашего древняго государственнаго уклада. Самъ профессоръ Сергѣевичъ признаетъ въ своихъ „Лекціяхъ по исторіи русскаго права“ (1890-го года), что всѣ свои выводы ему приходится обосновывать не на юридическихъ памятникахъ, а не на чемъ иномъ, какъ на лѣтописныхъ свидѣтельствахъ. „Народный элементъ — пишетъ онъ — проявлялъ свое участіе въ формѣ вѣча. Съ этимъ участіемъ народа мы встрѣчаемся съ самыхъ древнѣйшихъ временъ; но оно не было узаконено, а основывалось на обычаѣ. Существованіе обычая доказывается указаніемъ, во-первыхъ, отдѣльныхъ случаевъ, непрерывно повторяющихся въ теченіе болѣе или менѣе значительнаго времени, и, во-вторыхъ, свидѣтельствами достовѣрныхъ людей; наличность вѣчевыхъ обычаевъ можетъ быть установлена обоими способами и на основаніи ничего иного, какъ русскихъ лѣтописей. Ни въ „Русской Правдѣ“, ни въ другихъ юридическихъ памятникахъ не говорится ничего о государственномъ строѣ; все то, что было сказано о вѣчѣ, извлечено изъ краткихъ лѣтописныхъ указаній, такъ какъ не было законовъ, опредѣляющихъ вѣчевую жизнь“ (страницы 126—127 и 146).

Разумѣется, и раньше профессора Сергѣевича не одинъ русскій историкъ поднималъ вопросъ о вѣчевыхъ порядкахъ; но они, какъ общее правило, признавались особенностью нашихъ сѣверно-русскихъ народоправствъ—Новгорода, Пскова и Вятки. Упоминали еще о вѣчахъ Кіева, но какъ о чемъ-то, скоро отошедшемъ въ область прошлаго. За Сергѣевичемъ надо признать, поэтому, ту заслугу, что онъ первый доказалъ общность вѣчевыхъ порядковъ во всѣхъ русскихъ княжествахъ.

Ни одинъ народъ не обладаетъ въ настоящее время, благодаря Сергѣевичу, болѣе подробными данными объ исходныхъ моментахъ своего государственнаго развитія и, въ частности, о взаимодѣйствіи князя и вѣча, чѣмъ народъ русскій. Быть можетъ, имъ недостаточно оцѣнена роль, какую въ удѣльно-вѣчевой періодъ играла княжеская дума; въ этомъ вопросѣ я скорѣе готовъ стать на точку зрѣнія проф. Ключевскаго и проводить аналогію между думой и curia regis франкскихъ монарховъ. Но съ этой оговоркой я не прочь признать, что Сергѣевичемъ удачно отмѣчены многія черты нашего древняго политическаго строя, въ которомъ система родового старѣйшинства, поддерживаемая членами Рюрикова дома, нерѣдко нарушалась призывомъ князя вѣчемъ — другими словами, свободнымъ выборомъ правителя народомъ изъ членовъ правящей династіи и на началахъ уговора, нерѣдко получавшаго запись въ такъ называемомъ „рядѣ“. Самые эти „ряды“ далеко не представляютъ исключительнаго явленія: въ республикѣ Св. Марка, т. е. въ Венеціи, долгое время держалась практика требовать отъ дожа въ моментъ его воцаренія извѣстныхъ письменныхъ обѣщаній, такъ называемыхъ promissioni ducali, которыми установлялись границы его власти. И не въ одной Венеціи, а, какъ мы видѣли, на протяженіи всѣхъ итальянскихъ республикъ держалась практика не вручать высшей власти иначе, какъ получивъ отъ лица, призываемаго къ ней, клятвенное обѣщаніе не преступать спеціально выговоренныхъ ему полномочій.

Функціи и внутренній порядокъ народныхъ собраній, отношеніе вѣча главнаго города къ вѣчамъ второстепенныхъ городовъ княжества (пригородовъ), необходимыя условія для того, чтобы рѣшенія схода считались состоявшимися, взаимодѣйствіе народа и правителя — всѣ эти основные вопросы, съ выясненіемъ которыхъ связана возможность точнаго представленія о природѣ прямого народоправства въ начальный періодъ государственной жизни, никѣмъ не выяснены съ такою полнотою и обстоятельностью, какъ

авторомъ „Вѣче и князь“. Возьмемъ для примѣра вопросъ о томъ, постановлялись ли вѣчевыя рѣшенія единогласно или большинствомъ присутствующихъ на сходѣ. По этому предмету западные источники даютъ намъ далеко не рѣшительныя указанія. О народныхъ собраніяхъ у германцевъ и въ частности у лангобардовъ мы знаемъ только то, что на нихъ согласіе собравшихся выражаемо было шумомъ оружія. То же источники говорятъ и о скандинавскихъ народностяхъ, и о франкахъ [1]). Очевидно, такой обычай не предполагаетъ рѣшенія вопроса о народныхъ собраніяхъ большинствомъ голосовъ; но прямого указанія на то, что требовалось единогласіе, мы все же не имѣемъ.

Иное дѣло, когда рѣчь заходитъ о русскихъ вѣчахъ. Лѣтописи, какъ показалъ профессоръ Сергѣевичъ, сплошь и рядомъ употребляютъ выраженія, не оставляющія ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что вѣчевое рѣшеніе считалось состоявшимся только тогда, когда его можно было признать выраженіемъ общей воли. „Мы не имѣемъ ни одного указанія, чтобы на вѣчахъ признавались права большинства, — говоритъ Сергѣевичъ въ „Курсѣ“, читанномъ имъ въ 1889—90-мъ годахъ. Напротивъ, всѣ вѣчевыя рѣшенія имѣютъ въ своемъ основаніи соглашеніе всѣхъ. Въ договорныхъ грамотахъ Новгорода съ князьями употребительны двѣ формы: одна краткая, другая болѣе подробная. Въ первой обращеніе къ князю дѣлается просто отъ всего Новгорода, во второй, кромѣ того, „отъ всѣхъ старѣйшихъ и отъ всѣхъ меньшихъ“. Выраженія „едиными усты“, „стати за одинъ“, постоянно употребляются лѣтописцемъ, когда рѣчь заходитъ о рѣшеніяхъ новгородскаго вѣча; и не одного новгородскаго. Въ 1213-мъ году, на вопросъ князя своего, Ярослава Всеволодовича, переяславцы даютъ всѣ одинъ отвѣтъ; говоря словами другихъ лѣтописцевъ, они отвѣчаютъ „едиными устами“ или „съ одного“. Именно такое выраженіе мы находимъ подъ 1296-мъ годомъ [2]).

И раньше работы проф. Сергѣевича, на единогласное рѣшеніе народныхъ собраній указывали ссылкой, между прочимъ, на тотъ обычай поляковъ, въ силу котораго протеста одного изъ членовъ

---

[1]) Тацитъ, „Германія“, §§ 11 и 12. У лангобардовъ обычай ударять мечомъ по щиту въ знакъ согласія извѣстенъ подъ именемъ gairethinx; у скандинавскихъ народностей тотъ же обычай существовалъ подъ наименованіемъ varnatak; у франковъ предложенія вождя (ducis) поддерживались „vocibus et armorum plausu“ (Віолэ, т. I, стр. 202 и 203).

[2]) Сергѣевичъ, „Лекціи“, стр. 141 и 142.

сейма было достаточно, чтобы опорочить принятое имъ рѣшеніе. Но если такъ называемое liberum veto приводилось какъ доказательство требуемаго при прямомъ народоправствѣ единогласія, то только подъ условіемъ всегда сомнительныхъ умозаключеній отъ послѣдующаго къ предыдущему. Въ настоящее время этотъ вопросъ стоитъ внѣ спора; и позднѣйшимъ изслѣдователямъ, въ томъ числѣ Дачьяну, пришлось только подтвердить выводы Сергѣевича, распространяя ихъ и на другія славянскія народности, на основаніи свидѣтельствъ, сохраненныхъ для насъ какъ византійскими, такъ и германскими анналистами [1]).

Мы показали, какое значеніе имѣетъ монографія Сергѣевича для выясненія самаго характера закона въ эпоху прямого народоправства. Но то же можно было бы сказать и о цѣломъ рядѣ другихъ вопросовъ, связанныхъ съ начальнымъ періодомъ въ исторіи государства. Укажемъ для примѣра хотя бы на отношенія между вѣчемъ главнаго города княжества-волости и вѣчами такъ называемыхъ пригородовъ. Сергѣевичъ показалъ, что въ нашихъ лѣтописяхъ постоянно говорится о сохраненіи этими второстепенными центрами своихъ самостоятельныхъ вѣчъ, какъ и о присутствіи ихъ жителей на вѣчахъ главнаго города. Ни то, ни другое, не мѣшаетъ соблюденію въ отношеніяхъ города къ пригородамъ того правила, которое лѣтописецъ передаетъ словами: „на что же старѣйшіе сдумаютъ, на томъ пригороды станутъ“. Оно вовсе не выражаетъ необходимости всегдашняго подчиненія пригорода рѣшеніямъ вѣча главнаго города, а только, какъ говоритъ Сергѣевичъ, служитъ указаніемъ на то, что пригороды обыкновенно соглашаются съ городомъ, присоединяются къ его мнѣнію, хотя и не обязаны къ тому.

Существовавшее у насъ отношеніе городовъ и пригородовъ бросаетъ неожиданный свѣтъ на то, какъ добровольно подчинившіеся руководительству, скажемъ Флоренціи или Милана, города стремились согласовать рѣшенія своихъ народныхъ собраній съ тѣми, какія принимаемы были на conciones, arringae или parlamenta главенствующаго члена ломбардской или тосканской лиги.

Сочиненіе проф. Сергѣевича еще недостаточно извѣстно и потому мало использовано на Западѣ. Но тѣ, кого знакомили съ

---

[1]) „Участіе народа въ верховной власти въ славянскихъ государствахъ до измѣненія ихъ устройства въ XIV-мъ и XV-мъ вѣкахъ“ (Варшава, 1882).

нимъ, начиная отъ Мэна и оканчивая Віолэ и Эсменомъ, неизмѣнно приходили къ тому заключенію, что для начальнаго періода въ исторіи государства изслѣдованія русскаго историка представляютъ величайшій интересъ.

И чѣмъ болѣе, вмѣстѣ съ ростомъ нашей литературы и гражданственности, будетъ укрѣпляться желаніе ознакомиться съ прошлымъ русскаго народа, превосходя для этого трудности изученія чужого языка, тѣмъ чаще и чаще мы будемъ встрѣчать въ сочиненіяхъ, посвященныхъ сравнительной исторіи права, ссылки на того, кто своими работами прославилъ одинаково какъ московскій, такъ и петербургскій университетъ.

Профессоръ *В. Н. Бенешевичъ* произнесъ слѣдующую рѣчь: „*Памяти Горчакова*“.

5-го августа 1910 г. скоропостижно скончался отъ паралича сердца заслуженный ординарный профессоръ С.-Петербургскаго университета, членъ государственнаго совѣта, митрофорный протоіерей Михаилъ Ивановичъ Горчаковъ. Въ лицѣ покойнаго сошелъ въ могилу человѣкъ, который занялъ выдающееся мѣсто въ наукѣ и высокое положеніе въ официальномъ мірѣ, исключительно благодаря своей личной энергіи, удачно согласованной какъ съ выдающимися дарованіями, такъ и съ требованіями жизни.

Михаилъ Ивановичъ [1]) родился 20-го мая 1838 года въ селѣ Палкинѣ, Галичскаго уѣзда Костромской губерніи, и былъ сы-

[1]) Предлагаемый біографическій очеркъ составленъ на основаніи личныхъ воспоминаній и цѣлаго ряда документовъ, сохранившихся въ бумагахъ покойнаго и предоставленныхъ въ мое распоряженіе его наслѣдниками. Желательно было бы использовать всѣ матеріалы для составленія полной біографіи Михаила Ивановича въ томъ же родѣ хотя бы, какъ та, которую онъ самъ написалъ объ А. Т. Никольскомъ. Болѣе или менѣе краткія біографическія замѣтки о покойномъ находимъ въ „Правосл. Богосл. Энциклопедіи“ т. IV „Біографич. словарѣ студентовъ первыхъ 28 курсовъ С.-Пб. дух. академіи“ составл. А. Родосскимъ, „Біографич. словарѣ профессоровъ и преподавателей С.-Пб. университета за истекшую третью четверть его существованія“, „Извѣстіяхъ Имп. Академіи Наукъ“ 1910 № 13, „Отдыхѣ христіанина“ 1910 № 8, „Памятн. книжкѣ общества дух. и матер. взаимопомощи бывшихъ питомцевъ С.-Пб. дух. академіи“ за 1911 г., стр. 13—15, „Годовомъ отчетѣ за 13-й годъ дѣятельности общества вспомоществованія бывшимъ воспитанницамъ института Импер. Маріи“, стр. 19—21 и во многихъ другихъ повременныхъ изданіяхъ.

номъ дьячка Ивана Петровича Горчакова, прослужившаго при тамошней церкви Николы на Дору 53 года и имѣвшаго отъ второго брака двѣнадцать человѣкъ дѣтей [1]). Нынѣ здравствующая сестра покойнаго Прасковья Ивановна Померанцева вспоминаетъ о своемъ отцѣ, что это былъ человѣкъ очень умный, благочестивый, скромный, трезвый, разсудительный и по тому времени „очень образованный: онъ былъ изъ риторики, хорошо зналъ латынь и со своими дѣтьми во время вакацій часто даже говорилъ по-латыни; въ Палкино онъ поступилъ съ намѣреніемъ занять священническое мѣсто своего тестя, но, овдовѣвъ черезъ 9 лѣтъ, женился вторично и черезъ это потерялъ возможность быть священникомъ. Къ дѣтямъ своимъ Иванъ Петровичъ былъ всегда строгъ, но ни ругани, ни крику, ни побоевъ никогда не примѣнялъ въ дѣлѣ ихъ воспитанія. Младенческіе годы Михаила Ивановича проходили въ обстановкѣ жизни бѣдной, трудовой и всецѣло проникнутой духомъ церковности. Съ ранняго дѣтства мальчикъ, по свидѣтельству своей сестры, „проявлялъ къ священнослуженію особую наклонность: часто дома облачится въ крашеный синій портяной платъ вмѣсто ризы, возьметъ худой бубенецъ вмѣсто кадила и отправляетъ службу по Часовнику". На шестомъ году жизни мальчикъ сталъ учиться грамотѣ вмѣстѣ со своей сестрой, которая разсказываетъ: „бывало, тятенька пилитъ дрова одинъ, а мы тутъ же сидимъ и читаемъ, ставитъ въ хмѣльникѣ для хмѣля тычинки, а мы тутъ же читаемъ".

Едва достигнувъ возраста семи лѣтъ и еще не умѣя писать, мальчикъ поступилъ въ Галичское духовное училище, гдѣ почти весь курсъ шелъ первымъ ученикомъ; 14 лѣтъ перешелъ въ Костромскую семинарію, въ которой учился такъ же успѣшно, обративъ на себя вниманіе товарищей знаніемъ языковъ. Изъ семинаріи Михаилъ Ивановичъ долженъ былъ отправиться на казенный счетъ въ Московскую духовную академію; но въ 1857 году онъ поступилъ по собственному желанію въ С.-Петербургскую духовную академію, которую окончилъ въ 1861 г. старшимъ кандидатомъ. Въ теченіе всего этого долгаго времени ученія Михаилъ

[1]) Родомъ былъ онъ изъ сосѣдняго съ Палкинымъ (въ 8 верстахъ) села Порги Макарьевскаго уѣзда, сдѣлался дьячкомъ на 19 году жизни и умеръ 12-го марта 1865 года; учился въ Костромской семинаріи; сохранились копіи „допроса" отъ 8-го Марта 1805 г. и „присяги" отъ 15-го ноября 1808 г., а также резолюціи епископа Евгенія о посвященіи въ стихарь.

Ивановичъ не прерывалъ тѣсной связи съ семьей даже тогда, когда былъ и въ Академіи; между прочимъ, слѣдуетъ упомянуть, что самая первая поѣздка его въ Петербургъ состоялась, благодаря содѣйствію его сестры, отдавшей для этого всѣ свои сбереженія (25 рублей), добытыя трудомъ обученія грамотѣ деревенскихъ ребятъ.

Службу свою Михаилъ Ивановичъ началъ въ родныхъ мѣстахъ, сначала (съ 3-го ноября 1861 г.) помощникомъ наставниковъ, а затѣмъ (съ 14-го декабря 1861 г.) и учителемъ Костромской семинаріи, гдѣ преподавалъ всеобщую и русскую гражданскую исторію, латинскій языкъ и богослужебныя книги [1]); очень короткое время (съ 21-го января по 13-го марта 1862 г.) онъ преподавалъ всеобщую и русскую исторію въ Костромскомъ губернскомъ училищѣ для дѣвицъ. Рѣшающее значеніе для всей дальнѣйшей судьбы Михаила Ивановича имѣло то обстоятельство, что съ 28-го января 1862 года онъ былъ назначенъ псаломщикомъ церкви въ Штуттгартѣ и пробылъ за границей до 1864 года; это дало ему возможность слушать лекціи въ университетахъ Тюбингенскомъ, Страсбургскомъ и Гейдельбергскомъ; къ этому времени относятся и первые печатные его труды—корреспонденціи въ „Вѣстникѣ Западной и Юго-Западной Россіи“. По возвращеніи изъ-за границы Михаилъ Ивановичъ въ январѣ 1865 г. поступилъ вольнослушателемъ въ С.-Петербургскій университетъ. Было бы чрезвычайно любопытно узнать, кто и почему содѣйствовалъ на-

---

1) Н. В. Ястребовъ передаетъ со словъ своего покойнаго отца, учившагося у Михаила Ивановича въ Костромской семинаріи, нѣкоторыя очень любопытныя свѣдѣнія о покойномъ. Молодой учитель обратилъ на себя вниманіе семинаристовъ какъ элегантнымъ видомъ, такъ и простотою обращенія; онъ старался вызвать въ ученикахъ стремленіе къ правдивости и самъ не стѣснялся говорить правду. Между прочимъ, излагая какъ-то исторію папства, онъ сказалъ о тогдашнемъ Костромскомъ епископѣ Платонѣ, что онъ „чѣмъ не папа“, и даже „почище папы будетъ“! И вотъ во время одной изъ лекцій Михаила Ивановича вошелъ въ классъ другой преподаватель исторіи, по прозвищу „Шпонька“, съ бумагой отъ преосвященнаго въ рукахъ, гдѣ велѣно было немедленно уволить Михаила Ивановича со службы, и „Шпонька“ тотчасъ вступилъ на его мѣсто.

Интересно было бы услышать воспоминанія объ этой порѣ жизни Михаила Ивановича отъ другого его ученика по семинаріи—академика Ѳ. И. Успенскаго.

значенію Михаила Ивановича въ Штутгартъ [1]), и какимъ путемъ зародилась мысль посвятить себя изученію юриспруденціи съ цѣлью сдѣлаться профессоромъ церковнаго права въ университетѣ. Самъ Михаилъ Ивановичъ говорилъ только, что уже тогда за границей занятія его сосредоточивались около вопросовъ церковно-правового и литургическаго характера, и съ удовольствіемъ вспоминалъ, что самъ знаменитый К. Вейцзекеръ не разъ спрашивалъ его по поводу и послѣ своихъ лекцій объ особенностяхъ положенія и устройства восточной и въ частности русской церкви. Къ достиженію своей указанной выше цѣли Михаилъ Ивановичъ приступилъ энергично и не теряя времени, даже какъ бы торопливо, послѣ того, какъ ему удалось упрочить навсегда офиціальное положеніе въ Петербургѣ. 15-го февраля 1865 г. онъ былъ избранъ законоучителемъ Маріинскаго института и 9-го мая рукоположенъ во священники при церкви института. Несмотря на большое количество времени, уходившее на законоучительство сначала только въ институтѣ, а съ 1-го іюня 1867 г. по 10 августа 1869 г. и въ С.-Петербургской 2-й прогимназіи, научныя занятія Михаила Ивановича шли съ выдающимся успѣхомъ: уже въ сентябрѣ 1865 г. онъ получилъ серебряную медаль за сочиненіе „О происхожденіи и системѣ преторскаго эдикта“, въ декабрѣ возведенъ конференціей С.-Петербургской академіи въ степень магистра богословія по представленіи ей сочиненія „О церковныхъ историкахъ первыхъ восьми вѣковъ христіанскихъ“, 10-го мая 1866 г. удостоенъ университетомъ степени кандидата юридическихъ наукъ, въ октябрѣ и ноябрѣ 1867 г. выдержалъ экзаменъ на степень магистра государственнаго права, а 29-го апрѣля 1868 г. получилъ эту степень за диссертацію подъ заглавіемъ „Монастырскій Приказъ (1649—1725 г.)“. Полученіе степени магистра доставило Михаилу Ивановичу возможность быть избраннымъ 13-го мая 1866 г. въ штатные доценты университета и получить каѳедру церковнаго законовѣдѣнія, правда, только на три года. Въ январѣ 1869 года Михаилъ Ивановичъ получилъ приглашеніе занять мѣсто настоятеля церкви въ военно-юридическомъ училищѣ и преподавать въ немъ церковное право [2]), а въ 1870 г. и самъ онъ

[1]) Не былъ ли это извѣстный протоіерей І. І. Базаровъ, настоятель церквей въ Штутгартѣ и Висбаденѣ?

[2]) 30-го апрѣля 1891 года Михаилъ Ивановичъ получилъ приглашеніе уже въ Военно-Юридическую академію на церковное право, но отклонилъ его за неимѣніемъ свободнаго времени.

выступилъ кандидатомъ на мѣсто законоучителя въ Императорскомъ Александровскомъ лицеѣ, но въ обоихъ случаяхъ назначеніе не состоялось, да въ немъ не было и особенной нужды: въ 1871 г. 22-го марта за диссертацію „О земельныхъ владѣніяхъ всероссійскихъ митрополитовъ, патріарховъ и Св. Синода (988—1738 гг.)“ Михаилъ Ивановичъ былъ возведенъ въ степень доктора государственнаго права и сталъ твердой ногой въ университетѣ, будучи избранъ 12-го апрѣля 1871 г. экстраординарнымъ профессоромъ С.-Петербургскаго университета, гдѣ онъ впослѣдствіи получилъ званіе заслуженнаго ординарнаго профессора (въ 1893 г.) и выслужилъ сверхъ 25 лѣтъ еще четыре почти полныхъ пятилѣтія; былъ слухъ о назначеніи его въ Томскій университетъ, но онъ не оправдался.

На долю Михаила Ивановича выпала трудная и почетная задача быть въ С.-Петербургскомъ университетѣ первымъ представителемъ на каѳедрѣ той науки, которая только съ устава 1863 года заняла мѣсто на юридическомъ факультетѣ въ качествѣ не богословской, а чисто юридической дисциплины. Для выполненія этой задачи Михаиломъ Ивановичемъ въ качествѣ ученаго, публициста и преподавателя сдѣлано столько, что имя его не будетъ забыто въ исторіи русскаго просвѣщенія; но, однако, въ научной области онъ далеко не выполнилъ того, что самъ предполагалъ сдѣлать и чего можно было отъ него ожидать на основаніи первыхъ его большихъ печатныхъ трудовъ. Неожиданная смерть горячо любимой жены (въ 1879 г.) навсегда подкосила энергію Михаила Ивановича: съ трудомъ закончилъ онъ весною 1880 г. печатаніе своего изслѣдованія „О тайнѣ супружества. Происхожденіе, историко-юридическое значеніе и каноническое достоинство 50-й (по спискамъ патріарховъ Іосифа и Никона 51-й) главы печатной Кормчей книги“, за которое онъ, послѣ защиты его въ Кіевской духовной академіи [1]), получилъ въ

[1]) Поѣздка его въ Кіевъ для полученія степени въ тамошней Духовной Академіи объясняется, по словамъ родныхъ, тѣмъ, что, хотя онъ могъ получить ее и въ родной ему С.Петербургской Духовной Академіи, гдѣ каѳедра канонического права занята была почти ровесникомъ его по службѣ Т. Е. Барсовымъ, но послѣдній не могъ считаться авторитетомъ въ вопросахъ исторіи брачнаго права. Впрочемъ, могли быть и другія еще причины, но предполагать ту, на которую намекалъ протоіерей Т. Буткевичъ въ засѣданіи Государственнаго Совѣта 17-го декабря 1910 г., можно только изъ партійныхъ чувствъ и притомъ не будучи способнымъ оцѣнить самый трудъ.

сентябрѣ 1881 г. степень доктора богословія, и это изслѣдованіе было послѣднимъ его большимъ трудомъ. Изъ бумагъ покойнаго видно, что имъ задуманы были обширныя работы по исторіи Кормчей книги, о трудахъ Никона Черногорца, о древне-русскихъ соборахъ и др.; изъ встрѣчающихся въ печатныхъ трудахъ указаній видно также, что обработка собранныхъ матеріаловъ была задумана широко и не заставила бы себя долго ждать. Однако, и горе и воспитаніе пятерыхъ малютокъ, оставшихся послѣ матери въ возрастѣ отъ году до 6 лѣтъ, на долгое время отвлекли вниманіе Михаила Ивановича отъ научныхъ занятій, а послѣ уже трудно было, по его собственному наблюденію, вернуться къ прерваннымъ работамъ. Но, можетъ быть, здѣсь особенно неблагопріятно повліяло то, что отправленіе разнообразныхъ обязанностей по службѣ въ университетѣ и въ духовномъ вѣдомствѣ выступило на первый планъ; случилось же это само собою, благодаря заслуженной высокой ученой репутаціи, и въ то же время въ согласіи съ основными чертами характера покойнаго. Такимъ образомъ въ дѣятельности Михаила Ивановича можно различить два очень неравныхъ періода: первыя 15 лѣтъ (1865—1880 гг.) посвящены почти исключительно ученымъ изслѣдованіямъ и преподаванію, а слѣдовавшія затѣмъ около 30 лѣтъ заняты тоже почти исключительно преподавательскою и церковно-административною дѣятельностью.

Приступая къ выясненію заслугъ и значенія Михаила Ивановича, какъ ученаго, слѣдуетъ прежде всего отмѣтить съ особеннымъ вниманіемъ то, что онъ сдѣлалъ на пользу молодой въ Россіи науки церковнаго права. Когда въ 1871 г. возникла мысль объ установленіи церковно-іерархическаго надзора за преподаваніемъ въ университетахъ церковнаго законовѣдѣнія, то Михаилъ Ивановичъ твердо заявилъ и доказалъ, что епархіальная власть не имѣетъ никакого права на это. Затѣмъ въ 1873 г. при выработкѣ положенія о порядкѣ полученія степени магистра церковнаго законовѣдѣнія на юридическомъ факультетѣ было принято мнѣніе Михаила Ивановича, отстаивавшаго чисто юридическій характеръ этой дисциплины. Мало-по-малу создалось такое положеніе дѣла, что каѳедры церковнаго права во многихъ университетахъ были замѣщены или при прямомъ содѣйствіи Михаила Ивановича его учениками († Н. С. Суворовымъ въ Демидовскомъ юридическомъ лицеѣ и затѣмъ въ Московскомъ университетѣ; П. П. Соколовымъ въ Кіевѣ) [1]), или подъ его

1) Къ числу учениковъ покойнаго принадлежитъ и П. В. Верховской, занимающій нынѣ каѳедру исторіи русскаго права въ Варшавскомъ

вліяніемъ, такъ какъ министерство народнаго просвѣщенія то присылало ему для отзыва отчеты магистрантовъ, то запрашивало его о достоинствахъ кандидатовъ на каѳедру. Михаилъ Ивановичъ могъ бы повліять и на самое преподаваніе церковнаго права въ другихъ университетахъ, такъ какъ не разъ программы ихъ по этому предмету посылались изъ министерства ему для отзыва: но онъ и самъ не навязывалъ своей программы—и въ свое дѣло не терпѣлъ посторонняго вмѣшательства.

На юридическомъ факультетѣ Михаилъ Ивановичъ читалъ обыкновенно курсъ церковнаго права, не только слѣдуя лучшимъ западно-европейскимъ учебникамъ (католическимъ и протестантскимъ), но и стараясь внести всюду свое пониманіе, основанное на фактахъ современной жизни русской церкви и данныхъ ея исторіи. Къ сожалѣнію, курсъ этотъ остался въ видѣ, не обработанномъ самимъ авторомъ для печати; студенческое печатное изданіе 1909 года не удовлетворяло Михаила Ивановича, который выше его ставилъ даже самыя старыя литографированныя изданія своихъ лекцій. Для характеристики взглядовъ Михаила Ивановича на сущность науки церковнаго права достаточно привести то, что онъ говорилъ еще въ 1873 году: „Изученіе и приведеніе къ научному сознанію права церкви—предметъ не богословія, а юриспруденціи. Для свойственной существу его разработки необходимо точно такое же отношеніе изслѣдователя къ его матеріаламъ, какое усвоено вообще въ юридическихъ наукахъ... Богословъ едва ли можетъ хорошо читать какой бы то ни было юридическій предметъ: онъ не только не знаетъ спеціально-юридическихъ терминовъ и необходимыхъ сравнительныхъ свѣдѣній изъ другихъ юридическихъ наукъ, но, что самое главное—въ немъ не обработано и не развито юридическое мышленіе и способность юридическихъ доказательствъ... При настоящемъ положеніи науки церковнаго права въ Россіи, при неправильныхъ и крайне спутанныхъ воззрѣніяхъ на существо этой науки, при

университетѣ, и Н. Ф. Марковъ, авторъ прекраснаго изслѣдованія „Обрученіе и вѣнчаніе по Кормчей книгѣ“, и другіе. Число всѣхъ учащихся у него въ университетѣ доходитъ до 8.000, не меньше,—и всѣмъ имъ онъ велъ точную запись въ своихъ книжкахъ! Не разъ, бывало, и на экзаменахъ Михаилъ Ивановичъ спрашивалъ студента, не сынъ ли онъ такого то, и наказывалъ кланяться отцу. А часто и изъ самихъ студентовъ кое-кто напоминалъ Михаилу Ивановичу, что у него экзаменовался еще отецъ экзаменующагося и велѣлъ ему кланяться, и тогда нельзя было безъ умиленія видѣть радость стараго профессора!

существующихъ и еще только начинающихся и не скоро, я думаю, имѣющихъ окончиться натискахъ противъ преподавателей церковнаго права въ университетахъ съ разныхъ сторонъ и особенно со стороны людей, считающихъ эту науку монополіей духовнаго вѣдомства, преподаватель этой науки въ университетѣ, для строгости научныхъ и объективныхъ отношеній къ ней и даже для твердости своего офиціальнаго положенія на каѳедрѣ, долженъ обладать настолько богословскими знаніями, чтобы быть въ состояніи даже и теологу и съ богословской точки зрѣнія разъяснить отношеніе права къ вѣрѣ и нравственности, и чтобы въ самыхъ своихъ богослоскихъ назвніяхъ находить силы и средства для защиты юридическихъ положеній и къ отпору натисковъ, могущихъ быть направленными противъ него". Свою точку зрѣнія Михаилъ Ивановичъ отстаивалъ въ 1872—1873 г.г. противъ цѣлаго ряда отзывовъ (Т. В. Барсова, И. Чельцова и друг.), предлагавшихъ видѣть въ наукѣ церковнаго права одну изъ богословскихъ дисциплинъ, каѳедра которой должна замѣщаться въ университетахъ лицами, имѣющими спеціальное богословское образованіе и получившими ученую степень въ духовной академіи. Самъ получившій спеціально богословское образованіе и воспитанный въ церковнической средѣ, Михаилъ Ивановичъ особенно любилъ всегда напирать на то, что онъ—юристъ, а не богословъ. Важно отмѣтить при этомъ, что Михаилъ Ивановичъ прекрасно понималъ и тотъ путь, по которому молодая въ Россіи наука должна была двинуться, чтобы дѣйствительно обезпечить себѣ характеръ научной и именно юридической дисциплины: изученіе источниковъ церковнаго права и церковно-правовыхъ сборниковъ съ одной стороны, и изученіе исторіи византійскаго права съ другой, положены были имъ въ основу его собственныхъ занятій и научныхъ интересовъ. Одинъ разъ, именно въ 1886—7 уч. г., Михаилъ Ивановичъ и читалъ даже полный курсъ исторіи византійскаго права.

Любимымъ дѣломъ преподаванія церковнаго права не исчерпывалось участіе Михаила Ивановича въ жизни университета. Помимо отправленія обязанностей секретаря и декана факультета, а также члена юридической испытательной комиссіи, Михаилъ Ивановичъ принималъ самое живое участіе въ дѣлахъ какъ факультета (напримѣръ, въ 1876 г. при забаллотированіи С. В. Пахмана, или въ 1893 г. при обсужденіи вопроса о каѳедрѣ статистики), такъ и всего университета. Особенно памятно, какъ Михаилъ Ивановичъ дѣйствовалъ во время студенческихъ волненій, поведшихъ къ на-

значенію Ванновскаго министромъ народнаго просвѣщенія; для характеристики его отношенія къ студентамъ достаточно будетъ привести одну выдержку изъ подробнаго его показанія о событіяхъ 12-го февраля 1899 г.: „На вопросъ Вашего Высокопревосходительства: не задавался ли я вопросомъ, удобно ли разсказывать о приведенныхъ случаяхъ въ присутствіи студентовъ, выражаю мое убѣжденіе и настроеніе и, сознаюсь, признаю мое убѣжденіе имѣющимъ основаніе въ прошедшемъ: я вѣдь говорю правду. Притомъ ужели въ Россіи православный священникъ, смотрящій въ гробъ старикъ и заслуженный профессоръ университета, не смѣетъ и не долженъ объявить о беззащитности студентовъ и съ своей стороны доставить возможную защиту оскорбленнымъ и униженнымъ студентамъ, для которыхъ посвятилъ свою жизнь? Ужели вмѣсто правды лучше объявить студентамъ, какъ дѣлалъ г. ректоръ, что имъ и не стоитъ искать удовлетворенія за обиды отъ полиціи, чиновъ которой за эти обиды скорѣе будутъ награждать, чѣмъ наказывать? Пусть же студенты, по крайней мѣрѣ, знаютъ, что есть же люди, которые вмѣстѣ съ ними плачутъ объ ихъ беззащитности“. Какъ свидѣтельствуютъ и оказавшіяся въ бумагахъ благодарственныя и просительныя письма, Михаилъ Ивановичъ охотно и энергично выступалъ съ ходатайствами за пострадавшихъ студентовъ, пользуясь при этомъ и своимъ положеніемъ директора тюремнаго комитета (съ 20-го декабря 1868 г. по 20-е декабря 1903 г.).

Вообще чисто кабинетная ученая дѣятельность была не въ характерѣ Михаила Ивановича, который всегда старался проводить въ жизнь истины, добываемыя имъ въ научныхъ изслѣдованіяхъ или путемъ жизненнаго опыта. Свой темпераментъ общественнаго дѣятеля Михаилъ Ивановичъ проявилъ еще въ концѣ 60-хъ и въ 70-хъ гг. не только въ дѣлахъ университетскихъ: его статьи по церковнымъ дѣламъ, появлявшіяся въ „Голосѣ“ Краевскаго съ 1868 г., не разъ обращали на себя вниманіе, равно какъ и его рѣчи, изъ которыхъ одна, сказанная при гробѣ Ю. Ѳ. Самарина (27-го марта 1876 г.), была цѣлымъ „событіемъ“ въ общественной жизни того времени [1]), а по поводу другой, сказанной надъ гробомъ „піонера

[1]) Н. Лѣсковъ въ письмѣ отъ 28-го марта такъ резюмировалъ свои и чужія впечатлѣнія: „Любезные соотечественники не рѣшились по Вашему призыву воспѣть вчера вѣчную память у честнаго гроба Ю. Ѳ. Самарина: такъ отвыкли мы отъ мысли воспѣвать міромъ память своихъ достойныхъ гражданъ; а газеты сегодня въ одномъ и томъ же

въ дѣлѣ оживленія нашей церкви“ свящ. А. В. Гумилевскаго († 20 мая 1869 г.), пришлось 28-го мая объясниться съ попечителемъ учебнаго округа; памяти другого выдающагося церковнаго дѣятеля того времени посвящена чрезвычайно интересная книга: „А. Т. Никольскій (1821—1876) приходскій священникъ Входо-іерусалимской (Знаменской) церкви въ С.-Петербургѣ. Очеркъ жизни и дѣятельности“ (С.-Пб. 1878), въ которой Михаилъ Ивановичъ обрисовалъ „представителя новаго типа православнаго приходскаго русскаго священника“, на самомъ же дѣлѣ нарисовалъ полный идеалъ его [1]). Съ 80-хъ годовъ на смѣну прежнему боевому настроенію приходитъ другое, болѣе спокойное, можетъ быть, потому, что Михаилъ Ивановичъ сталъ въ довольно близкія отношенія къ вѣдомству православнаго исповѣданія: безъ участія его обходилась рѣдкая комиссія при св. синодѣ или по дѣламъ епархіальнаго управленія, тѣмъ болѣе, что онъ состоялъ и депутатомъ по гражданскимъ дѣламъ (съ 1870 по 1903 г.) и помощникомъ благочиннаго V и I столичныхъ округовъ (съ 1870 по 1906 г.) и благочиннымъ Василеостровскаго округа (съ 1906 г.). Авторитетнымъ мнѣніемъ Михаила Ивановича при разрѣшеніи цѣлаго ряда

тонѣ высказались о Вашей живой рѣчи, какъ и о риторическомъ причитаніи, которое мы слышали передъ панихидою: такъ отвыкла литература отъ умѣнья различать достоинства задушевности въ церковномъ словѣ. Мнѣ и то и другое одинаково печально и налагаетъ скорбь на скорбь при тяжкой утратѣ, которую несетъ общество въ Самаринѣ, значеніе котораго даже невозможно нынѣ опредѣлить; но Вы дали ее вполнѣ почувствовать и должны простить мнѣ неудержимое желаніе засвидѣтельствовать Вамъ этими строками мою горячую признательность и благодарность за Ваше, смѣю сказать, образцовое по теплотѣ и по прямотѣ слово. Покойный Ю. Ѳ., всегда скорбѣвшій объ упадкѣ духа въ нашемъ клирѣ, конечно, былъ бы сильно утѣшенъ, если бы зналъ, что найдетъ себѣ такого оратора, какъ Вы: и мы за него утѣшимся радуясь, что вы живете. Продли, Господь, дни Ваши!“ А. Краевскій немедленно же 27-го марта написалъ Михаилу Ивановичу: „Ваша превосходная рѣчь, произнесенная сегодня надъ гробомъ Самарина, не можетъ оставаться въ памяти только тѣхъ, кто слушалъ ее: она должна получить огласку по всей Россіи, такъ какъ и человѣкъ, которому посвящена она, дорогъ всей Россіи“; М. И. Семевскій просилъ дать рѣчь для напечатанія въ „Русск. Стар.“, но она появилась все-таки въ „Голосѣ“ № 90 (перепеч. въ сборникѣ рѣчей надъ гробомъ Ю. Ѳ. Самарина въ Правосл. Обозрѣніи, 1876, апрѣль, 696—697).

[1]) Свое авторство Михаилъ Ивановичъ открыто призналъ лишь во время докторскаго диспута въ Кіевѣ, хотя его не трудно открыть и при помощи текста самой книги.

недоумѣнныхъ вопросовъ административной практики св. синодъ пользовался неоднократно, и отвѣты на эти вопросы принимали нерѣдко подъ перомъ покойнаго видъ научныхъ трактатовъ. Но идеалы молодости пробивались у Михаила Ивановича и въ языкѣ составленныхъ имъ оффиціальныхъ документовъ и въ отношеніи его къ возникшему вновь за послѣдніе годы вопросу о преобразованіяхъ различныхъ сторонъ русскаго церковнаго строя: присоединеніе къ извѣстной запискѣ „32“ въ 1905 г. явилось однимъ изъ лучшихъ симптомовъ живучести и крѣпости этихъ идеаловъ. Въ 1905 г. Михаилъ Ивановичъ назначенъ былъ въ комиссію для предварительныхъ работъ по вопросамъ, подлежащимъ разсмотрѣнію предстоящаго помѣстнаго собора, а въ 1906 г. былъ членомъ такъ называемаго предсоборнаго присутствія и съ того же года ($^{17}/_{19}$ мая) былъ избранъ св. синодомъ въ члены государственнаго совѣта отъ бѣлаго духовенства; здѣсь Михаилъ Ивановичъ, называвшій себя съ полнымъ правомъ „либераломъ 60-хъ годовъ“, занялъ мѣсто въ группѣ центра [1]). Одной изъ видныхъ заслугъ

[1]) Въ засѣданіи 42-мъ, сессіи III, 3-го іюня 1908 г. Михаилъ Ивановичъ произнесъ большую рѣчь, въ которой мимоходомъ сообщилъ о себѣ: „Въ первый разъ, когда увидалъ я собраніе Думы, я, съ 60-хъ годовъ ожидавшій представительства въ отечествѣ и посѣщавшій многія законодательныя учрежденія, германскую и французскую палаты депутатовъ въ 1879 г., когда предсѣдательствовалъ въ ней Гамбетта, я былъ очень обрадованъ внѣшнимъ видомъ нашей Думы“. Это заявленіе дало поводъ какому-то партійному собранію телеграммой на имя исполняющаго обязанности оберъ-прокурора Св. Синода требовать „изгнанія протоіерея Горчакова изъ Государственнаго Совѣта“ (!). Въ своемъ объясненіи по поводу этой телеграммы, затребованномъ митрополитомъ Антоніемъ 14-го августа 1908 г, Михаилъ Ивановичъ точнѣе опредѣлилъ свою политическую окраску: „По убѣжденіямъ своимъ я ни къ какой политической партіи не принадлежу. При выборахъ и для выборовъ въ государственныя учрежденія я причислялъ себя къ октябристамъ... При пониманіи термина „основные государственные законы“ въ значеніи конституціонныхъ, сознаюсь, я — конституціоналистъ“. Тогда же (7-го августа) въ разговорѣ съ газетнымъ репортеромъ Михаилъ Ивановичъ говорилъ: „Я склоненъ думать, что духовенству слѣдуетъ держаться конституціонно-монархической партіи, стремящейся къ обновленію Россіи мирнымъ путемъ: исторія и опытъ другихъ народовъ доказываютъ намъ, что конституціонная монархія съ двухпалатнымъ представительствомъ есть лучшій способъ движенія справедливаго управленія государствомъ... При этомъ относительно Россіи конституціонная монархія сохранитъ и ея исконныя русскія начала, отрицать же эти начала, какъ отрицать и національность, могутъ только безумцы... Я либералъ 60-хъ годовъ; мы уже мечтали о земскомъ соборѣ изъ двухъ отдѣленій“.

Михаила Ивановича, какъ члена совѣта, было возбужденіе вопроса объ установленіи для петербургскихъ почтальоновъ и телеграфистовъ хотя бы одного дня отдыха въ каждыя двѣ недѣли; кромѣ того, онъ много содѣйствовалъ проведенію законопроекта объ увеличеніи содержанія нижнихъ служителей почтово-телеграфнаго вѣдомства, заботиться о которыхъ, не взирая на неудовольствіе высшаго начальства, онъ считалъ своимъ долгомъ потому, что съ 23-го сентября 1905 года перешелъ изъ Маріинскаго института [1]) на мѣсто настоятеля церкви почтово-телеграфнаго вѣдомства. Но особенное вниманіе широкихъ круговъ общества и духовенства обратила на себя позиція, занятая Михаиломъ Ивановичемъ при обсужденіи законопроекта государственной думы „объ отмѣнѣ ограниченій политическихъ и гражданскихъ, связанныхъ съ лишеніемъ или добровольнымъ снятіемъ духовнаго сана или званія". Вопросъ этотъ интересовалъ Михаила Ивановича давно, и въ особенности этотъ интересъ увеличился послѣ смерти супруги, откуда уже можно было предположить, что мысль о добровольномъ снятіи духовнаго сана не была чужда Михаилу Ивановичу. Но въ такихъ предположеніяхъ нѣтъ никакой нужды, потому что, по словамъ родныхъ и близкихъ людей, покойный прямо говорилъ объ этомъ; не желая, однако, бросать любимаго дѣла науки, онъ и задумывалъ перейти въ Томскій университетъ. Повидимому, невозможность по разнымъ причинамъ практическаго осуществленія въ то время безъ роковыхъ послѣдствій мысли о снятіи сана, искренняя приверженность къ священству, а также и письмо іерусалимскаго патріарха Никодима отъ 27-го іюня 1885 года заставили Михаила Ивановича отказаться отъ своего плана. Но какъ разъ это именно обстоятельство, что Михаилъ Ивановичъ самъ пережилъ всю тягость положенія обремененнаго семьей вдоваго священника, и сообщило особенную живость и убѣдительность его изложенію, когда онъ писалъ свое „Особое мнѣніе по докладу особой комиссіи государственнаго совѣта относительно проекта государственной думы объ отмѣнѣ ограниченій политическихъ и гражданскихъ, соединенныхъ съ лишеніемъ или добровольнымъ снятіемъ духовнаго сана и званія", изданное наслѣдниками по черновику (С.-Пб. 1910), оставшемуся въ бумагахъ покойнаго. Михаилъ Ивановичъ обнаружилъ ясно тотъ фактъ, что „всѣ существующія и проектируемыя

1) Къ сожалѣнію, 40-лѣтнюю дѣятельность Михаила Ивановича въ институтѣ мнѣ приходится оставить совершенно не освѣщенной, вслѣдствіе моей полной неосвѣдомленности въ ней.

правоограниченія, связываемыя съ лишеніемъ сана по суду или добровольнымъ его сложеніемъ, не имѣютъ ни малѣйшихъ основаній или оправданій ни въ Св. Писаніи, ни въ канонахъ вселенской церкви первыхъ девяти вѣковъ христіанства, ни въ правилахъ и практикѣ всѣхъ помѣстныхъ восточныхъ церквей всѣхъ послѣдующихъ вѣковъ настоящаго времени, ни въ исторіи законодательства и практикѣ русской церкви древней и новой Россіи до 30-хъ годовъ XIX столѣтія“, когда они появились по иниціативѣ оберъ-прокурора св. синода и внесены въ Сводъ законовъ при содѣйствіи митрополита Филарета, помимо государственнаго совѣта. Повидимому, въ числѣ факторовъ повліявшихъ на судьбу законопроекта думы въ государственномъ совѣтѣ, мнѣніе Михаила Ивановича было однимъ изъ самыхъ вѣскихъ.

Ученые труды Михаила Ивановича очень многочисленны, и одной изъ первыхъ задачъ будущаго его жизнеописателя явится составленіе подробнаго ихъ списка. Очень много трудовъ Михаила Ивановича разсѣяно въ различныхъ оффиціальныхъ и повременныхъ изданіяхъ [1]), при чемъ имя автора не всегда прямо обозначено. Высокая репутація Михаила Ивановича, какъ ученаго канониста, зиждется, конечно, на уже упомянутыхъ выше трехъ его диссертаціяхъ. Каждая изъ этихъ объемистыхъ работъ основана на изученіи громаднаго сырого матеріала, который въ значительной степени лежитъ неиспользованнымъ и до сихъ поръ, но во многихъ случаяхъ впервые даже указанъ Михаиломъ Ивановичемъ. Обработка намѣченныхъ темъ ведется Михаиломъ Ивановичемъ очень широко, при чемъ онъ — обыкновенно въ обширныхъ примѣчаніяхъ — пытается попутно дать свое рѣшеніе ряду второстепенныхъ вопросовъ или собрать для этого данныя. До сихъ поръ работы Михаила Ивановича, въ особенности двѣ первыя [2]), остаются единственными въ своемъ родѣ, и даже можно сказать, что ихъ богатое содержаніе не скоро будетъ исчерпано послѣдующими из-

1) Газетныя и журнальныя статьи въ „Вѣстникѣ Зап. и Юго-Зап. Россіи“, „Голосѣ“, „Церковномъ Вѣстникѣ“, „Церковныхъ Вѣдомостяхъ“, „Журналѣ гражд. и угол. права“, „Церковно-общественномъ Вѣстникѣ“, „Юридической Библіографіи“, „Юридической Лѣтописи“, „Славянскомъ Обозрѣніи“, „Сборникѣ государств. знаній“ и др. органахъ печати не всѣ одинаковаго достоинства, но очень многія имѣютъ до настоящаго времени научную важность и практическій интересъ и заслуживали бы быть изданными вновь въ особомъ сборникѣ.

2) Третья—„О тайнѣ супружества“—уже превзойдена трудомъ А. С. Павлова: „50-я глава Кормчей книги“ (Москва 1887).

слѣдователями. Цѣнно въ работахъ Михаила Ивановича и то, что онѣ въ видѣ приложеній содержатъ и большое количество новыхъ и интересныхъ матеріаловъ.

Безъ сомнѣнія, Михаилъ Ивановичъ намѣревался продолжать свое изученіе церковно-имущественнаго права Московской Руси въ какомъ-то очень большомъ трудѣ, къ которому, однако, онъ успѣлъ напечатать только 216 страницъ „приложеній"; самый текстъ этого труда, къ сожалѣнію, не сохранился даже въ рукописномъ видѣ среди бумагъ покойнаго. Повидимому, напечатанные здѣсь матеріалы были собраны во время поѣздокъ Михаила Ивановича съ научной цѣлью въ Москву, Казань и Кіевъ (1881 г. съ 1-го іюня по 1-го іюля) и другой разъ тоже въ Москву и Кіевъ (1882 г. съ 1-го іюня по 1-ое іюля).

На первомъ мѣстѣ послѣ упомянутыхъ выше трехъ диссертацій должны быть поставлены семь рецензій на сочиненія, представленныя въ Императорскую Академію Наукъ для соисканія Уваровскихъ премій въ 1873 г. (А. С. Павлова: „Номоканонъ при Б. Требникѣ"), 1880 г. (К. Т. Никольскаго: „Анаѳематствованіе"), 1891 г. (Чистовича: „С.-Пб. Духовная Академія за послѣднія 30 лѣтъ"), 1898 г. (Барсова: „Св. Синодъ въ прошломъ" и „Синодальныя учрежденія прежняго времени"), 1901 г. (С. Г. Рункевича: „Учрежденіе и первоначальное устройство Св. Прав. Синода 1721—1725"), 1902 г. (А. Завьялова: „Вопросъ о церковныхъ имѣніяхъ при Имп. Екатеринѣ II") и 1910 г. (П. В. Верховскаго: „Насел. недвиж. имѣнія Св. Синода, арх. домовъ и монастырей при ближайшихъ преемникахъ Петра Вел."). Первая изъ этихъ рецензій, вышедшая и въ видѣ отдѣльной книги подъ заглавіемъ: „Къ исторіи епитимійныхъ номоканоновъ православной церкви", до сихъ поръ еще не потеряла цѣны и охотно цитируется въ небогатой литературѣ трактуемаго ею вопроса.

Изъ прочихъ работъ отмѣтимъ:

1) „Научная постановка церковно-суднаго права" (Сборникъ госуд. знаній подъ ред. В. П. Безобразова, т. II, стр. 223—270. С.-Пб. 1875). Въ этой большой статьѣ, являющейся „голосомъ изъ среды бѣлаго духовенства", до тѣхъ поръ безмолвствовавшаго, Михаилъ Ивановичъ стремится вывести церковно-судебное право изъ понятія о существѣ церкви и объ ея назначеніи и согласовать его съ понятіями о существѣ права и объ отношеніяхъ государства къ церкви; выводы, къ которымъ онъ приходитъ, формулируются въ двухъ важныхъ положеніяхъ: „1) православная рус-

ская церковь, какъ божественное учрежденіе и общество, должна быть освобождена отъ уголовной и судно-гражданской власти, которая предоставлена ей отъ государства и которая несовмѣстна съ существомъ и назначеніемъ св. Церкви; 2) въ русской церкви нѣтъ самостоятельнаго церковно-суднаго права и самостоятельной церковно-общественной власти, которая составляла бы неотъемлемую составную часть строя церкви согласно съ ея назначеніемъ и правилами законодательства вселенской церкви“. Задачу церковно-судной реформы въ Россіи Михаилъ Ивановичъ усматриваетъ въ томъ, чтобы 1) рѣшительнымъ образомъ „освободить іерарховъ и правительственныя учрежденія церкви отъ уголовной власти“ и 2) „организовать самостоятельное церковно-общественное судное право и церковно-общественную судную власть, независимую во внутреннемъ ея строѣ и дѣятельности отъ государства, но подъ апелляціей ex abusu къ государству ad principem“ въ соотвѣтствіи съ существомъ церкви и началами ея законодательства, изложенными въ „Книгѣ правилъ“.

2) „Была ли учреждена инквизиція въ восточной церкви?“ (Юридич. Лѣтопись, 1891, декабрь, 491—504). Этимъ вопросомъ Михаилъ Ивановичъ занялся подъ вліяніемъ спора В. С. Соловьева съ „Московскими Вѣдомостями“ о томъ, гдѣ и кѣмъ учреждена инквизиція [1]). Онъ старается доказать, что Соловьевъ „заимствовалъ свои историческія знанія объ историческомъ происхожденіи еретиковъ изъ сочиненій католическихъ писателей указаннаго направленія“, т. е. ультрамонтанскаго и іезуитскаго; и затѣмъ, что Соловьевъ, стараясь „обвинить въ первоначальномъ учрежденіи инквизиціи православную вселенскую церковь, обнаруживаетъ въ этихъ стараніяхъ крайнюю нелогичность своего мышленія, можно сказать, непригодную для доктора философіи, отсутствіе историческихъ знаній и недостатокъ точности и правильности въ справкахъ“. По поводу этого рѣзкаго выступленія Соловьевъ обратился къ Михаилу Ивановичу 7-го декабря 1891 г. съ слѣдующимъ письмомъ: „Досточтимый отецъ протоіерей, Покорнѣйше прошу Васъ прочесть и передать по назначенію прилагаемое письмо въ редакцію Юридической Лѣтописи. А двѣ статьи изъ Русскихъ Вѣдомостей посылаю собственно Вамъ на случай, если онѣ Вамъ не-

[1]) Въ этой полемикѣ принялъ участіе и А. С. Павловъ: „Дополнит. историч. справка по вопросу о существованіи инквизиціи на Востокѣ“ (Моск. Вѣд. 1891, № 331), „Quodus hue tandem? Отвѣтъ Вл. С. Соловьеву“ (тамъ же, 1892, № 8).

извѣстны. Хотя я и не имѣю удовольствія знать Васъ лично, но не допускаю и мысли о томъ, чтобы Вы могли принадлежать къ числу людей, способныхъ печатно распространять во вредъ ближнему завѣдомую неправду. Поэтому Вашу ошибку относительно меня приписываю единственно невольной небрежности и невнимательности, въ чемъ всѣ мы, пишущіе, иногда грѣшимъ. Если бы Вы нашли почему-либо неудобнымъ передавать мое письмо въ Юрид. Лѣт., или если бы редакція этого журнала не пожелала его печатать, покорнѣйше прошу Васъ не оставить меня извѣщеніемъ. Мнѣ необходимо на этихъ же дняхъ знать навѣрное, будетъ или нѣтъ моя замѣтка напечатана въ ближайшемъ № Юридической Лѣтописи. Съ совершеннымъ почтеніемъ остаюсь Вашего Высокопреподобія покорный слуга Владиміръ Соловьевъ". 12-го декабря Михаилъ Ивановичъ отвѣтилъ на это письмо, заявляя, что былъ совершенно чуждъ мысли взводить завѣдомую неправду, и не признаетъ за собой невольной небрежности и невнимательности: „Восточную" церковь, въ которой Вы находите инквизицію, въ своей статьѣ я назвалъ „вселенскою православною" въ противоположность „римско-католической"; Вы же въ „Письмѣ въ редакцію" и въ газетныхъ статьяхъ своихъ, присланныхъ ко мнѣ, подъ вселенскою православною церковью разумѣете не ту восточную церковь, о которой Вы говорили въ Вашихъ корреспонденціяхъ въ Моск. Вѣдомости, а нѣчто особое, для меня не ясное... Намъ съ Вами пришлось бы объясняться и условливаться въ установленіи понятія „всел. правосл. церкви", но это едва ли соотвѣтствуетъ задачѣ Юрид. Лѣтописи".

3) „О предбрачныхъ оглашеніяхъ". Докладъ пастырскому собранію въ С.-Петербургѣ. (С.-Пб. Дух. Вѣстникъ, 1899).

4) „Полнаго собранія постановленій и распоряженій по вѣдомству православнаго исповѣданія Россійской Имперіи" томы VI (съ 8-го мая 1727 г. по 16-ое января 1730 г.) и III (съ 1-го января по 21-е декабря 1723 г.) изданы подъ редакціей Михаила Ивановича.

Многообразная и плодотворная дѣятельность Михаила Ивановича высоко цѣнилась со стороны какъ свѣтскаго правительства, наградившаго его знаками вниманія и отличія (до ордена св. Владиміра 2-й степ. включительно), такъ и церковнаго, отъ котораго онъ былъ награжденъ саномъ протоіерея и митрою. Но не менѣе вниманія и признательности старались оказать Михаилу Ивановичу и ученые круги Россіи: Императорская Академія Наукъ удостоила

всѣ три его диссертаціи Уваровскихъ премій въ 1869, 1872, 1883 г.г. и въ 1902 г. 12-го декабря избрала его въ свои члены-корреспонденты; Юрьевскій университетъ (въ 1902 г.), С.-Пб. Духовная Академія (въ 1900 г.), Кіевская Духовная Академія (въ 1907 г.), русское астрономическое общество и Владимірская ученая комиссія (въ 1900 г.) избрали его въ свои почетные члены. Кромѣ того, Михаилъ Ивановичъ состоялъ членомъ Высочайше утвержденной комиссіи для разбора Синодальнаго архива (съ 3-го іюня 1867 г.) [1]), членомъ-сотрудникомъ вольнаго экономическаго общества (съ 27-го янв. 1877 г.), предсѣдателемъ, почетнымъ и пожизненнымъ членомъ основаннаго по его предположеніямъ общества вспомоществованія бывшимъ воспитанницамъ Маріинскаго института (съ 14-го ноября 1897 г.) и почетнымъ членомъ общества вспомоществованія нуждающимся учащимся въ Костромской духовной семинаріи (съ 15-го августа 1901 г.).

Собраніе продолжительными аплодисментами выразило благодарность докладчикамъ.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

16 апрѣля 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^1/_2$ час. веч. подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя уголовнаго отдѣленія общества *В. Д. Набокова*. Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *П. С. Пороховщикова*: *„О лжи и правдѣ“ обвиняемаго передъ судомъ“*. По открытіи засѣданія предсѣдателемъ *В. Д. Набоковымъ* было сдѣлано краткое сообщеніе о предстоящемъ въ іюлѣ 1911 года въ Антверпенѣ международномъ конгрессѣ патроната надъ лицами, выпущенными изъ тюремъ, и безпризорными дѣтьми. По окончаніи сообщенія В. Д. Набокова слово предоста-

---

1) Въ качествѣ члена этой комиссіи Михаилъ Ивановичъ принималъ участіе въ составленіи II тома „Описанія документовъ и дѣлъ“, просматривалъ указатель къ I тому „Полнаго собранія постан. и распор.“, исправлялъ рукопись V тома „Полнаго собранія“ и участвовалъ въ разработкѣ вопроса объ архивно-археологическихъ комитетахъ при Св. Синодѣ и въ епархіяхъ.

вляется докладчику П. С. Пороховщикову, сообщившему собранію слѣдующее:

Тезисы доклада:

Вопросъ о допустимости лжи можетъ обсуждаться только по отношенію къ подсудимому; по отношенію къ защитнику онъ устраняется требованіемъ нравственнаго долга.

По отношенію къ подсудимому этотъ вопросъ можетъ быть разсматриваемъ съ двухъ точекъ зрѣнія: а) нравственности, б) цѣлесообразности. Въ 1-мъ случаѣ онъ рѣшается просто: подсудимый, виновный или не виновный, долженъ сказать всю правду и предоставить свою судьбу проницательности и справедливости судей. Такой критерій примѣняется однако въ дѣйствительности только какъ исключеніе; въ большинствѣ случаевъ подсудимые руководствуются критеріемъ цѣлесообразности и рѣже—личной выгоды.

Вопросъ заключается въ слѣдующемъ: правильно ли примѣняется этотъ критерій подсудимыми и ихъ защитниками.

Подсудимый можетъ молчать, лгать и говорить правду.

Молчаніе подсудимаго.

Ложь подсудимаго. Ложь можетъ быть 1) рискованная и 2) безполезная, т. е.: а) явная сама по себѣ и б) заранѣе изобличенная данными предварительнаго слѣдствія. Примѣры.

Ложь подсудимаго до суда и на судѣ. Отношеніе сторонъ, судей и присяжныхъ къ этой лжи.

Ложь устами свидѣтелей. Ложь, переходящая въ клевету; ложь, заражающая защитника.

Правда въ устахъ подсудимаго. Примѣры.

Обязанность защитника по отношенію къ подсудимому: онъ долженъ разъяснить защищаемому вѣроятныя выгоды правды и возможныя опасности лжи. Сознается ли эта обязанность и соблюдается ли она.

Правосудіе есть исканіе истины; а между тѣмъ въ дѣлахъ человѣческихъ нѣтъ, можетъ быть, такихъ, гдѣ болѣе, чѣмъ на судѣ, встрѣчается лжи. Она процвѣтаетъ и въ гражданскомъ и въ уголовномъ процессѣ. Уничтожить ложь люди не могутъ ни въ судѣ, ни за его стѣнами. Но изъ этого не слѣдуетъ, что они обязаны склоняться передъ нею, какъ передъ неизбѣжнымъ и всемогущимъ зломъ. Напротивъ того, съ нею слѣдуетъ бороться всѣми нравственными средствами, намъ доступными. Для успѣшной

борьбы съ извѣстнымъ явленіемъ необходимо его изученіе, и мнѣ хотѣлось бы сказать нѣсколько словъ по поводу лжи подсудимаго въ уголовномъ процессѣ.

Человѣкъ совершилъ преступленіе и преданъ суду. Онъ можетъ сказать всю правду, можетъ молчать, можетъ лгать. Я спрашиваю, что для него лучше?

26 октября 1910 г. въ С.-Петербургскомъ окружномъ судѣ разбиралось дѣло о крестьянкѣ Ульянѣ Антроповой, обвинявшейся по 3 п. 1655 и 1606 ст. улож. о нак. Молоденькая крестьянская дѣвушка поступила одной прислугой къ скромному чиновнику; хозяинъ и жена, люди честные и добрые, привязались къ Ульянѣ, ласкали ее, довѣряли ей, смотрѣли на нее, по выраженію жены, скорѣе какъ на дочь, чѣмъ на прислугу. Они занимали верхнюю квартиру маленькаго казеннаго домика; внизу жилъ сослуживецъ мужа, бывшій во время происшествія въ отпуску; въ его квартирѣ никто не оставался.

Однажды утромъ Ульяна противъ обыкновенія вызвалась очистить курятникъ и спросила у хозяйки, гдѣ лопата; потомъ въ неурочный часъ пошла кормить куръ; во время завтрака куда-то скрылась изъ кухни. Уходя изъ дому въ первомъ часу дня, хозяинъ видѣлъ ее бродящею безъ видимой причины по саду. Послѣ его ухода Ульяна, несмотря на начавшійся дождь, настойчиво стала убѣждать хозяйку итти копать картофель; та согласилась, и онѣ вышли на огородъ. Но тутъ Ульяна вспомнила, что забыла въ кухнѣ ножъ, и вернулась въ квартиру своихъ хозяевъ. Въ это время въ нижней квартирѣ былъ дворникъ, прибиравшій ее къ возвращенію уѣхавшаго чиновника. Онъ видѣлъ, какъ Ульяна выбѣжала въ садъ и что-то спрятала у забора; потомъ она вернулась обратно и, проходя мимо квартиры, въ которой находился дворникъ, заперла входную дверь ея ключомъ, оставленнымъ имъ въ замкѣ съ наружной стороны. „Зачѣмъ заперла?“ крикнулъ дворникъ; но Ульяна, не отвѣтивъ, пробѣжала къ себѣ въ кухню. Дворникъ вылѣзъ черезъ окно на дворъ и, войдя къ Ульянѣ за мусоромъ, повторилъ свой вопросъ. Дѣвушка, не отвѣчая, стала торопить его, говоря: „уходи, уходи поскорѣе; я дверь запираю, иду картошку копать“. Спустя нѣсколько минутъ, возвращаясь отъ мусорной ямы, онъ услыхалъ трескъ лопавшихся стеколъ и увидалъ, что изъ окна спальной верхней квартиры вырывалось пламя. Онъ побѣжалъ на огородъ; Ульяна была уже тамъ. Услыхавъ о пожарѣ,

хозяйка спросила у нея ключъ отъ квартиры; оказалось, что Ульяна потеряла ключъ.

Квартира выгорѣла; отъ скромнаго достатка честнаго человѣка не осталось лишней пары сапогъ. Послѣ пожара выяснилось, что изъ кухни исчезла бутылка съ бензиномъ; въ саду, въ разныхъ мѣстахъ, оказались зарытыми два узла; въ одномъ были завязаны нѣкоторыя вещи погорѣвшихъ: женскія платья, большой кусокъ полотна, золотыя бездѣлушки; вещи эти были сложены кое-какъ, видимо наскоро наброшенныя одна на другую; въ другомъ узлѣ были вещи Ульяны: все ея платье, бѣлье, всѣ мелочи, до вязальнаго крючка и катушки бѣлыхъ нитокъ; эти вещи были сложены въ образцовомъ порядкѣ. На предварительномъ слѣдствіи, привлеченная въ качествѣ обвиняемой въ кражѣ вещей и денегъ у своихъ хозяевъ и въ поджогѣ, Ульяна утверждала, что передъ пожаромъ въ садъ не выходила, ни своихъ, ни хозяйскихъ вещей тамъ не прятала: „ничего не знаю, ни въ чемъ я не виновата“. Возрастъ ея остался неустановленнымъ; во время событія ей могло быть шестнадцать, могло быть двадцать лѣтъ.

Передъ присяжными была опрятно одѣтая, очень миловидная дѣвушка со скромными движеніями, съ безпомощно склоненной головой. На вопросъ предсѣдателя, признаетъ ли себя виновной, она сказала: „нѣтъ, не признаю“, и затѣмъ во все время судебнаго слѣдствія на обращенные къ ней изрѣдка вопросы слабо отвѣчала: „не знаю, не помню“. Данныя предварительнаго слѣдствія вполнѣ подтвердились на судебномъ; не было никакихъ указаній на совершеніе поджога другимъ лицомъ (дворникъ былъ внѣ подозрѣнія); можно было, исходя изъ общихъ соображеній, но безъ единаго намека въ обстоятельствахъ дѣла, предполагать подстрекателя или соучастника; но улики противъ подсудимой были неопровержимы, ея виновность очевидна. Гражданскій истецъ, разоренный чиновникъ, держалъ себя съ безукоризненнымъ безпристрастіемъ; онъ сказалъ присяжнымъ, что ничего не ищетъ съ подсудимой и пришелъ только для того, чтобы помочь выясненію дѣла и услыхать истину отъ суда; его рѣчь была спокойнымъ и убѣдительнымъ разборомъ фактовъ. Защитникъ прямо заявилъ, что онъ не можетъ спорить противъ уликъ. Присяжнымъ засѣдателямъ было поставлено два вопроса о виновности: въ кражѣ и въ поджогѣ. Они совѣщались около получаса; старшина прочелъ рѣшеніе:

„Нѣтъ, не виновна“.

„Нѣтъ, не виновна“.

Черезъ нѣсколько минутъ судъ провозгласилъ оправдательный приговоръ.

Присяжные проходили къ выходу мимо бывшаго гражданскаго истца; онъ смотрѣлъ на нихъ, стараясь встрѣтиться съ ними взглядомъ; они шли, согнувъ плечи, не поднимая глазъ...

На другой день въ томъ же отдѣленіи суда слушалось дѣло о крестьянкѣ Аннѣ Хандовой, обвинявшейся по 3 ч. 1655 ст. улож. о нак. Происшествіе было заурядное. Анна Хандова служила въ Петербургѣ кухаркой у разныхъ людей, часто мѣняя хозяевъ; оставаясь безъ работы, она до новаго мѣста жила въ семьѣ своего двоюроднаго брата, мелкаго торговца Василія Галяткина. 1 ноября 1909 г. жена его, Секлетія Галяткина, обнаружила, что изъ запертаго сундука ихъ пропали деньги, около 500 рублей. Заподозрили родственницу; у нея былъ произведенъ обыскъ, и найдена новая швейная машина, новый самоваръ, 125 рублей деньгами и кое-какія золотыя вещи; въ числѣ послѣднихъ Секлетія Галяткина узнала свое кольцо, хранившееся въ томъ же сундукѣ, гдѣ были и деньги супруговъ. На вопросъ, откуда у нея деньги, Анна Хандова отвѣтила, что вынула ихъ изъ сберегательной кассы, но не могла сказать, въ какомъ отдѣленіи онѣ хранились, и на новые вопросы отвѣтила просто: „мало ли откуда у меня могутъ быть деньги“. У судебнаго слѣдователя она объяснила, что получила деньги отъ своего близкаго знакомаго Захара Сергѣева Соловьева; у нея былъ ребенокъ отъ него, и онъ давалъ ей деньги; всего далъ 380 рублей, но не сразу, а въ разное время; у Соловьева была сапожная мастерская въ Петербургѣ, но, гдѣ именно, она не знаетъ, а самъ Соловьевъ уѣхалъ въ деревню. Разыскали Захара Соловьева и допросили его въ присутствіи самой Хандовой. Онъ подтвердилъ, что былъ знакомъ съ нею: она носила къ нему сапоги для починки, ибо былъ онъ дѣйствительно сапожникъ; но мастерской онъ никогда не держалъ, близокъ съ Хандовою не былъ и 380 рублей ей не давалъ по той простой причинѣ, что такихъ денегъ отъ роду на своемъ вѣку не видалъ. Прослушавъ это показаніе, Хандова объяснила судебному слѣдователю, что онъ ошибся: тотъ Соловьевъ, котораго допрашивали, совсѣмъ не тотъ Соловьевъ, о которомъ она говорила; этого зовутъ Захаръ Сергѣевъ, а она называла Захара Савельева; отъ него-то она и получила деньги, и притомъ не 380 рублей, а 280 рублей, и не по частямъ, а единовременно; у Захара Савельева Соловьева также была сапожная мастерская въ Петербургѣ, также неизвѣстно гдѣ; а

раньше жилъ онъ въ уѣздномъ городѣ Мышкинѣ. Стали искать, но ни въ Петербургѣ, ни въ Мышкинѣ о Захарѣ Савельевѣ Соловьевѣ никто не слыхалъ.

На судебномъ слѣдствіи Анна Хандова, какъ и Ульяна Антропова, отрицала свою виновность, но, въ противоположность ей, не оставляла безъ возраженій ни одного слова свидѣтелей; возраженія эти заключались въ томъ, что она съ необыкновенной быстротой и плавностью рѣчи сообщала присяжнымъ массу совершенно не идущихъ къ дѣлу вещей и, произнося негодующимъ тономъ послѣднія слова, съ побѣдоноснымъ видомъ опускалась на скамейку. При допросѣ Василій Галяткинъ объяснилъ суду, что пропавшія деньги составляли все его достояніе и были отложены для закупки товара; человѣкъ онъ малый, но дѣло велъ на наличныя; Секлетія Галяткина подтвердила показаніе мужа; помнится, кто-то изъ нихъ высказалъ недоумѣніе, что вмѣсто четырехсотъ шестидесяти рублей придется получить всего сто двадцать пять да швейную машину и самоваръ въ придачу.

И на этотъ разъ защитникъ сказалъ присяжнымъ, что не можетъ говорить о невиновности подсудимой. Присяжные опять совѣщались недолго, и старшина прочелъ: „нѣтъ, не виновна“. Спустя нѣсколько минутъ предсѣдатель провозгласилъ резолюцію: „По указу Его Императорскаго Величества С.-Петербургскій окружный судъ приговорилъ: . . . подсудимую Анну Александрову Хандову признать оправданной. . . . найденныя у нея при обыскѣ сто двадцать пять. рублей, швейную машину, самоваръ и другія вещи, согласно рѣшенію присяжныхъ засѣдателей о невиновности подсудимой, возвратить Аннѣ Хандовой“.

Какъ будто дрогнуло что-то въ кучкѣ присяжныхъ; подсудимая наклонилась къ своему защитнику, о чемъ-то спрашивая. Нѣсколько мгновеній въ залѣ было совершенно тихо; присяжные повернулись къ выходу; въ эту минуту вдругъ раздался чей-то вопль: передъ присяжными, на скамейкѣ свидѣтелей билась въ истерикѣ Секлетія Галяткина . . . .

Что же сказать намъ о судѣ и правосудіи послѣ этихъ двухъ процессовъ?

— Да здравствуетъ ложь!

Если самая грубая, неумѣлая ложь можетъ такъ обманывать, то коль сильнымъ оружіемъ можетъ она быть въ устахъ людей умныхъ и ловкихъ? Вотъ случай, бывшій въ средѣ другой страны,

гдѣ присяжные относятся къ имущественнымъ преступленіямъ съ безпощадной строгостью.

Подсудимый обвинялся въ разбойномъ нападеніи на домъ; улики были мертвыя. Въ концѣ слѣдствія на обычный вопросъ предсѣдателя защитникъ сказалъ, что съ своей стороны ходатайствуетъ о допросѣ только одного свидѣтеля въ подтвержденіе добраго поведенія подсудимаго. Передъ судомъ появился пожилой фермеръ степеннаго вида, съ грубоватымъ, но благообразнымъ открытымъ лицомъ.

— Вы, кажется, знаете подсудимаго?—спросилъ защитникъ.

— Знаю,—сказалъ свидѣтель,—очень хорошо знаю.

— Вы, кажется, хотѣли объяснить суду объ его нравственныхъ качествахъ?

— Да, ужъ я постарался бы.

Это было сказано очень внушительно.

— Я не имѣю вопросовъ,—поспѣшно заявилъ защитникъ.

— А я имѣю вопросъ!—воскликнулъ обвинитель, хватаясь за неожиданнаго козыря.—Скажите суду, что вы знаете о подсудимомъ.

— Ничего хорошаго я о немъ не знаю.

— Скажите, что знаете.

— Да вотъ, напримѣръ, знаю, что онъ стянулъ у меня ветчинный окорокъ изъ кладовой, да еще замокъ на двери сломалъ.

— Давно это было?

— Не такъ давно.

— Но когда именно?

— Да трудно припомнить.

— Постарайтесь.

Свидѣтель постарался, и окорокъ оказался украденнымъ какъ разъ въ ту ночь, когда былъ совершенъ разбой, а разстояніе между мѣстечками было болѣе шестидесяти миль. Присяжные оправдали подсудимаго, а черезъ полчаса узнали, что честный старый фермеръ былъ родной его дядя.

Да здравствуетъ ложь!

Возьмемъ нѣсколько типичныхъ случаевъ.

Подсудимый судится за третью или за четвертую кражу; на самомъ дѣлѣ судился за кражи шесть или семь разъ, иногда кромѣ того отбылъ наказаніе за грабежъ или за нанесеніе раны; задержанъ на чужомъ чердакѣ или выбросилъ украденный кошелекъ въ ту минуту, когда потерпѣвшій схватилъ его за руку, и т. п.

Онъ не многорѣчивъ; на первый вопросъ предсѣдателя отвѣчаетъ: никакъ нѣтъ, а въ послѣднемъ словѣ произноситъ почти сакраментальную формулу: „Господа судьи, господа присяжные засѣдатели, какъ передъ Богомъ, такъ передъ вами клянусь, что я въ первый и въ послѣдній разъ на подсудимой скамейкѣ".

Другой типъ. Обвиненіе такое же, но подсудимый признаетъ себя виновнымъ. Послѣднее слово: „Господа судьи, господа присяжные засѣдатели. Бывши посланъ изъ города Петербурга въ городъ Рѣжицу, я, какъ не могъ найти тамъ работы, узналъ, что у меня въ Петербургѣ заболѣла сестра; тогда я рѣшилъ пойти въ Петербургъ, такъ какъ я маляръ, чтобы заработать себѣ на пропитаніе и повидать больную сестру; прибывши въ городъ Петербургъ, такъ какъ я не имѣлъ документа, узнавши я, что мать моя находится въ больницѣ . . .

— Позвольте, подсудимый, вы вѣдь сказали, что у васъ заболѣла сестра?

— Такъ точно; только въ городѣ Петербургѣ я узналъ, что у меня заболѣла мать; такъ что я . . . .

— Ну, хорошо; заболѣла мать. А почему же вы, если вы маляръ, надѣялись найти работу въ Петербургѣ? Вѣдь малярныя работы бываютъ лѣтомъ, а вы пріѣхали въ Петербургъ въ серединѣ февраля?

— Такъ точно, въ серединѣ февраля; такъ какъ я былъ безъ работы въ городѣ Рѣжицѣ . . . .

— Ну, хорошо. Имѣете еще что-нибудь сказать?

— Никакъ нѣтъ.

Третій примѣръ; подсудимый сознается въ покушеніи на кражу со взломомъ.

— Разскажите какъ это было—говоритъ предсѣдатель,—и что васъ побудило пойти на кражу.

— Такъ какъ, ваше превосходительство, бывши высланъ изъ города Петербурга въ городъ Вязьму, я, какъ не могъ найти тамъ работы, то исправникъ мнѣ сказалъ, что онъ меня арестуетъ; я отправился оттуда въ г. Рославль; а тамъ что?—У насъ, говорятъ, своихъ довольно; тогда я рѣшился вернуться въ городъ Санктъ-Петербургъ, чтобы не умереть съ голоду. Встрѣтивъ тамъ знакомаго товарища, онъ мнѣ предложилъ пойти съ нимъ на работу. Я, какъ не имѣлъ себѣ пропитанія, то я рѣшилъ пойти съ нимъ....

— А по дорогѣ въ трактиръ зашли?

— Такъ точно.

— Какъ же вы пошли въ трактиръ, когда у васъ денегъ не было?

— Онъ меня позвалъ, товарищъ; изъ трактира мы пошли къ этому дому; онъ меня оставилъ на дворѣ, а самъ пошелъ на верхъ и вернулся съ узломъ, далъ мнѣ подержать; въ это время дворникъ...

— Позвольте, подсудимый, вы, значитъ, на чердакѣ не были и вы не знали, что вещи краденыя?

— Такъ точно.

— Такъ въ чемъ же вы сознаетесь? Въ томъ, что вамъ дали подержать вещи? Въ этомъ нѣтъ никакого преступленія.—Г. приставъ, пригласите свидѣтелей.

Городовой и дворникъ показываютъ, что будучи задержанъ, подсудимый сказалъ: „не въ первой; этотъ номеръ не прошелъ.“ Околодочный надзиратель объясняетъ, что въ участкѣ подсудимый сразу сознался въ покушеніи на кражу. Предсѣдатель спрашиваетъ подсудимаго, не имѣетъ ли онъ какихъ-нибудь возраженій противъ словъ свидѣтелей; тотъ объявляетъ, что боялся побоевъ.

— Боялись побоевъ. А у слѣдователя тоже боялись по боевъ?

— Такъ точно,—никакъ нѣтъ,—я, то есть...

— Вотъ въ обвинительномъ актѣ сказано: мы пошли туда чтобы совершить кражу?..

По поводу этого послѣдняго случая слѣдуетъ замѣтить, что въ отношеніи предсѣдателя къ подсудимому нѣтъ какихъ-либо особыхъ ухищреній и злонамѣренности; онъ видитъ, что подсудимый лжетъ, знаетъ всѣ пни и кочки, на которые натолкнется подсудимый, и предоставляетъ ему самому натолкнуться на нихъ. Но по привычкѣ онъ задаетъ свои вопросы въ опредѣленномъ порядкѣ, наиболѣе приспособленномъ къ тому, чтобы на каждомъ шагу изобличать подсудимаго во лжи.

Четвертый примѣръ. Подсудимый признаетъ себя виновнымъ въ покушеніи на кражу со взломомъ, совершенномъ по крайности, и на всѣ вопросы отвѣчаетъ съ добродушной откровенностью. Предсѣдатель задаетъ ему два вопроса:

— Скажите, подсудимый, передъ тѣмъ какъ идти на кражу, вы зашли въ чайную и выпили тамъ водки?

— Такъ точно.

— А долото у васъ откуда?

— Купилъ.

Предсѣдатель больше не спрашиваетъ, но товарищъ прокурора объясняетъ присяжнымъ: одно изъ двухъ—или подсудимый принесъ съ собою водку въ чайную, или заплатилъ вдвое за незаконную ея продажу; при чемъ тутъ крайность, если, какъ онъ самъ говоритъ, у него были деньги и на водку и на долото?

Чтобы судить, насколько явной бываетъ для присяжныхъ ложь въ этихъ случаяхъ, надо принять во вниманіе то, что нельзя выразить чернилами,—тонъ подсудимаго. Окружающіе слышатъ, что онъ не только не вѣритъ въ свои слова, но и не думаетъ о томъ, что другіе могли бы повѣрить ему. Онъ по привычкѣ держится системы не быть „въ сознаніи“. Онъ понимаетъ, что изобличенъ и почти ничѣмъ не рискуетъ: при сознаніи у него девяносто шансовъ на сто за обвиненіе, при отрицаніи вины—девяносто пять; если присяжные снисходительны—тѣ и другіе шансы соотвѣтственно возрастаютъ. Разница въ послѣдствіяхъ—не больше года исправительныхъ арестантскихъ отдѣленій. Я понимаю, что для безнадежнаго рецидивиста такая разница не имѣетъ значенія; понимаю поэтому и его безцѣльную ложь. Но неужели и для защитника его безразлично, удастся ли ему сократить срокъ наказанія, удастся ли спасти подсудимаго отъ лишенія правъ (это возможно при покушеніяхъ на третью кражу, а при условіи крайности и при покушеніи на кражу со взломомъ)? „Признавъ его виновнымъ, г.г. присяжные засѣдатели, вы тѣмъ самымъ лишаете его возможности вернуться къ честной жизни“, говоритъ защитникъ.—Не вы ли сами, г. защитникъ, закрыли ему эту дорогу тѣмъ, что не предостерегли его отъ безудержнаго лганья? Если явная ложь не всегда мѣшаетъ присяжнымъ оправдать изобличеннаго человѣка, то можно сказать, что она еще рѣже располагаетъ коронныхъ судей къ примѣненію въ полной мѣрѣ ихъ права на пониженіе наказанія. Я не берусь судить о томъ, сколько вреда приносятъ подсудимымъ эти нелѣпыя отрицанія; но, если всѣ мы знаемъ, что въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ они не приносятъ ему никакой пользы, и въ значительномъ большинствѣ все-таки отягчаютъ его участь, то обязанъ ли защитникъ подсудимаго сказать ему: если можешь не лгать—не лги? А затѣмъ, неужели не считается защитникъ со своимъ собственнымъ положеніемъ передъ присяжными?

Если я до сихъ поръ говорилъ исключительно о кражахъ, то только потому, что въ этихъ обыденныхъ дѣлахъ типичныя стороны разбираемаго нами явленія выступаютъ въ наиболѣе простомъ

и наглядномъ видѣ. По существу это нимало не измѣняетъ общей оцѣнки явленія.

Простѣйшая форма лжи подсудимыхъ, это—простое отрицаніе виновности: знать не знаю, вѣдать не вѣдаю. Это даже при слабыхъ уликахъ только ухудшаетъ положеніе подсудимаго; при сильныхъ уликахъ смѣшное отрицаніе ставить его въ положеніе волка на травлѣ: обвинитель, предсѣдатель, судьи, присяжные, очередные и запасные, свидѣтели—всѣ становятся противниками подсудимаго. Если защитникъ неопытенъ, то и онъ попадаетъ въ травлю,—не въ качествѣ охотника и не въ видѣ волка, а въ видѣ случайно поднятаго другого звѣря. Это—вѣрнѣйшій путь къ рѣшенію: виновенъ и не заслуживаетъ снисхожденія.

Къ этой системѣ защиты близко подходитъ другая: подсудимый не отрицаетъ своей виновности, но заявляетъ, что во время происшествія былъ настолько пьянъ, что ничего не помнитъ. Это блестящій способъ вооружить противъ себя присяжныхъ. Они естественно видятъ въ пьянствѣ признакъ распущенности и тунеядства; позднѣе, когда судебное слѣдствіе докажетъ, что подсудимый дѣйствовалъ вполнѣ сознательно и самъ передавалъ свидѣтелямъ подробности событія, они поставятъ ему на счетъ ложь и, вѣроятно, не скинутъ со счетовъ пьянства. Защитникъ обыкновенно разъясняетъ имъ, что хотя по нашему закону опьяненіе не смягчаетъ вины, тѣмъ не менѣе оно указываетъ на извѣстное потемнѣніе сознанія и даетъ присяжнымъ основаніе... и проч. и проч. Присяжные, однако, какъ я сказалъ, рѣдко принимаютъ это даяніе.

Вечеромъ 9 мая 1909 г. въ дер. Андреевщинѣ Ямбургскаго уѣзда на проходившаго по огороду крестьянина Павлова напали его однодеревенцы, молодые парни Никитинъ и Исаевъ; первый схватилъ его за грудь, второй сталъ бить его по головѣ желѣзной палкой; Павловъ упалъ, но Исаевъ продолжалъ наносить ему удары; черезъ нѣсколько дней Павловъ умеръ. Никитинъ и Исаевъ были преданы суду по 1489 и 2 ч. 1490 ст. улож. о нак.; оба они были вполнѣ изобличены на судебномъ слѣдствіи; сомнѣнія въ личности виновныхъ не могло быть; но было также установлено, что между ними и Павловымъ вражды не было, и не было указаній на ближайшій поводъ къ нападенію ихъ на него; по нѣкоторымъ намекамъ можно было догадываться, что они приняли Павлова за другого крестьянина, съ которымъ находились въ давней враждѣ. На вопросъ о виновности оба подсудимые отвѣтили, что были совершенно пьяны и происшедшаго не помнятъ. Судили дѣло крестьяне.

*

Обвинитель сказалъ имъ, что въ деревнѣ житья нѣтъ, что каждый праздникъ празднуется повальнымъ пьянствомъ и побоищами; что если они хотятъ порядка и спокойствія, то должны наказывать безобразниковъ, чтобы прекратить эти безсмысленныя смертоубійства. Что могъ возразить на это защитникъ? Конечно, положеніе подсудимыхъ при звѣрскомъ преступленіи и подавляющихъ уликахъ было безнадежное. Но зачѣмъ было имъ ухудшать его? Неужели проиграли бы они, сказавъ, что сознаютъ свою вину и жалѣютъ о смерти односельчанина? Вѣдь это была несомнѣнная правда. Вѣдь, какъ бы распущенны и грубы ни были эти несчастные люди, нѣтъ сомнѣнія, что и сознаніе вины и сожалѣніе о погибшемъ не были чужды имъ. Если бы присяжные услыхали отъ нихъ это сожалѣніе, они по крайней мѣрѣ увидали бы, что судятъ людей; а послѣ безсмысленнаго отрицанія: не помнимъ, и тупого молчанія подсудимыхъ во все время слѣдствія, они судили—скажу прямо—звѣрей.

Мнѣ кажется, что въ устахъ бывалыхъ тюремныхъ сидѣльцевъ слова: „былъ пьянъ, ничего не помню“, такъ же, какъ: „знать не знаю, вѣдать не вѣдаю“, часто являются просто спортомъ. Благодаря своему судебному опыту подсудимый знаетъ, что улики сильны; успѣлъ узнать, что присяжные строги; терять нечего; можно доставить себѣ развлеченіе—послушать свидѣтелей. Въ большинствѣ случаевъ защитникъ передъ такимъ знатокомъ процесса — сущій младенецъ. Но, если подсудимый случайный преступникъ, совѣты защитника могутъ предостеречь его отъ безцѣльной лжи.

Молодой парень обвинялся въ покушеніи на изнасилованіе семидесятилѣтней старухи. Она разсказала о происшествіи немедленно и въ тотъ же день указала на желѣзнодорожнаго стрѣлочника, какъ на виновника, прибавивъ, что узнала бы его изъ тысячи; при дознаніи подсудимый сознался жандармскому унтеръ-офицеру, что напалъ на старуху, но безъ намѣренія посягнуть на ея честь. Передъ началомъ засѣданія я спросилъ защитника, думалъ ли онъ о томъ, какъ вести защиту.

— Да, сказалъ онъ; мнѣ кажется, виновность совсѣмъ не установлена.

— Подумали ли вы о томъ, какой смыслъ этой старухѣ позорить себя передъ людьми, если ничего не было?

— Нѣтъ...

— Какъ вы думаете, могутъ ли присяжные не вѣрить ей, если ея показанія ничѣмъ не опорочены? Единственное, что можетъ сколько-нибудь помочь подсудимому, это полное при-

знаніе и покаяніе передъ судомъ. Вы видѣлись съ нимъ вчера? говорили?..

— Нѣтъ...

Подсудимый не призналъ себя виновнымъ: былъ пьянъ, ничего не помню. Впечатлѣніе, произведенное показаніемъ старухи, было потрясающее. Подсудимый продолжалъ утверждать, что ничего не помнитъ. Въ своей рѣчи защитникъ не сдѣлалъ грубыхъ ошибокъ, говорилъ пристойно, разумно. Но что могъ онъ сдѣлать съ очевидностью? Присяжные послѣ продолжительнаго совѣщанія дали подсудимому снисхожденіе.

Ясно, что онъ ничего не потерялъ бы при сознаніи. А между тѣмъ публичное покаяніе передъ оскорбленной старухой могло бы рѣшить дѣло иначе: преступленіе не было окончено, и старуха могла бы сказать, что прощаетъ его. Развѣ съ точки зрѣнія защитника это не лучше безсмысленнаго отрицанія? Вся трудность дѣла перешла бы на сторону обвинителя.

Третій обычный пріемъ подсудимыхъ состоитъ въ томъ, что они на первый вопросъ признаютъ себя виновными, но затѣмъ, вмѣсто откровеннаго разсказа о событіи, лгутъ безъ всякаго толка, не упуская случая сказать и явную нелѣпость. Признаніе вызываетъ сочувствіе судей и присяжныхъ, но послѣдующая ложь быстро сметаетъ это первое движеніе.

Нѣсколько деревенскихъ парней сидѣли въ избѣ за водкой; одинъ изъ нихъ, Матвѣевъ, подошелъ къ другому, Александрову, и шепнулъ ему нѣсколько словъ на ухо; оба вышли въ сѣни, заперевъ за собою дверь; черезъ нѣсколько минутъ Александровъ вернулся, держась рукою за грудь, упалъ и тутъ же умеръ; за нимъ вернулся Матвѣевъ и, обращаясь къ товарищамъ, сказалъ: „что жъ? давайте водку пить“.

— „Какая тутъ водка? Смотри, никакъ Дмитрій зарѣзанъ“, возразилъ одинъ изъ присутствующихъ.

— „Ничего; онъ притворяется“, отвѣтилъ Матвѣевъ. У убитаго оказались три глубокихъ раны, одна въ грудь, двѣ въ спину. Было установлено, что Матвѣевъ питалъ злобу противъ Александрова, угрожалъ ему и однажды напалъ на него съ ножемъ; при дознаніи онъ признался полицейскому уряднику, что зарѣзалъ Александрова изъ мести. При такихъ уликахъ Матвѣевъ былъ преданъ суду по 1 ч. 1455 ст. улож. о нак. Слѣдовательно, ему, какъ несовершеннолѣтнему, предстояла каторга до десяти лѣтъ. Возможно, что онъ дѣйствительно совершилъ умышленное убійство;

но нельзя было не замѣтить одного обстоятельства, вызывавшаго основательное сомнѣніе въ этомъ: трудно допустить, чтобы, сознавая въ себѣ убійцу, Матвѣевъ рѣшился вернуться къ товарищамъ вслѣдъ за раненымъ Александровымъ. Если онъ нанесъ раны покойному безъ всякаго ближайшаго повода, онъ и безъ умысла на лишеніе жизни подлежалъ каторгѣ по 1 ч. 1484 ст. Но, если между ними была ссора, онъ могъ бы сказать *правду* и спасти себя отъ каторги. Судъ не отказалъ бы въ постановкѣ вопроса по 2 ч. 1484 ст. улож., и защитникъ безъ труда объяснилъ бы присяжнымъ, что умыселъ на убійство не установленъ.

На вопросъ предсѣдателя Матвѣевъ сказалъ, что признаетъ себя виновнымъ въ убійствѣ въ дракѣ. Свидѣтели повторили показанія, данныя ими на предварительномъ слѣдствіи; предсѣдатель предложилъ подсудимому дать свои объясненія; Матвѣевъ заговорилъ. Изъ словъ его выходило, что онъ ни въ чемъ не виноватъ; что драка произошла не въ сѣняхъ, а въ избѣ; на Александрова набросился Валентиновъ (одинъ изъ парней, бывшихъ изъ избѣ). Матвѣевъ хотѣлъ ударить Валентинова, чтобы заступиться за Александрова, но промахнулся, и попалъ ножемъ въ того, за котораго заступался; о двухъ другихъ ранахъ, нанесенныхъ покойному, подсудимый ничего не сказалъ. Какое впечатлѣніе могла вызвать у присяжныхъ эта явная ложь? Защитникъ настаивалъ на убійствѣ въ дракѣ; присяжные признали Матвѣева виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ и не дали снисхожденія. Предположимъ, что преступленіе было на самомъ дѣлѣ предумышленное. Я спрашиваю, что потерялъ бы подсудимый отъ правды, отъ чистосердечнаго или хотя бы безсердечнаго признанія?

Надо сказать, что ложь подсудимыхъ, слѣдующая за признаніемъ виновности, рѣдко остается только ложью: она почти всегда переходитъ въ клевету. Это видно уже изъ предыдущаго случая. Привожу еще нѣсколько примѣровъ.

Судится молоденькая, очень хорошенькая крестьянская дѣвушка; живя въ Петербургѣ, она служила прислугой въ трехъ различныхъ мѣстахъ, обокрала каждаго изъ своихъ хозяевъ, а послѣдняго подожгла; пожаръ былъ потушенъ въ самомъ началѣ. Въ противоположность Ульянѣ Антроповой, она сознается во всемъ. Настроеніе, вызванное чтеніемъ обвинительнаго акта, на мгновеніе ослабѣваетъ; но она продолжаетъ свои объясненія: она крала по подговору другой дѣвушки, подруги; у нея былъ женихъ, требова-

вшій приданаго въ 300 — 400 рублей. Предсѣдатель спрашиваетъ, почему на дознаніи и на предварительномъ слѣдствіи она не упоминала ни о подругѣ, ни о женихѣ; она произноситъ нѣсколько безсвязныхъ словъ. Нужно ли говорить о томъ, какое чувство испытываютъ судьи и присяжные?

Я упомянулъ выше о томъ, что ложь подсудимыхъ не обманываетъ. Что она не обманываетъ судей, это скажетъ всякій: они слишкомъ много слыхали, чтобы поддаваться ей. Не имѣетъ ли, однако, ложь успѣха у присяжныхъ?

Вотъ, что пишетъ мнѣ одинъ присяжный засѣдатель:

„На второй или на третій день сессіи судили, безъ моего участія, какого-то Павлушку Барана за нанесеніе въ запальчивости и раздраженіи своему пріятелю раны, отъ которой тотъ умеръ. Павлушка Баранъ сознался, но разсказать подробности своего преступленія отказался, ссылаясь на опьяненіе и безпамятство. Свидѣтели выяснили только внѣшнюю сторону происшествія. По близости Финляндскаго вокзала проходила подвыпившая компанія рабочихъ съ Павлушкой во главѣ. Безъ всякаго видимаго повода онъ остановилъ своего пріятеля и сказалъ ему: „Кажись, я тебѣ дамъ“. Тотъ отвѣтилъ: „Что-жъ, дай“, и въ ту же минуту получилъ ударъ финскимъ ножомъ въ животъ, свалился на землю и потерялъ сознаніе. Шумъ, крикъ, свистки городового, арестъ Павлушки Барана, шествіе въ участокъ, отправка зарѣзаннаго въ больницу на извозчикѣ и смерть отъ потери крови“.

„Павлушка Баранъ пытается опорочить свидѣтеля-рабочаго; заявляетъ, что отбилъ у него любовницу и тотъ мститъ за нее лжесвидѣтельствомъ. Защитникъ говоритъ на рѣдкость пустую, вымученную рѣчь и въ изнеможеніи опускается на свое мѣсто“.

„Подсудимый, вамъ принадлежитъ послѣднее слово, —обращается къ Павлушкѣ Барану предсѣдатель“.

„Павлушка Баранъ произноситъ цѣлую рѣчь, очевидно, давно составленную, „съ любовію“ разработанную до мельчайшихъ подробностей; говоритъ съ увѣренностью въ побѣдѣ надъ судомъ и присяжными засѣдателями: всѣ будутъ потрясены его трагизмомъ, поражены его развитіемъ и постигнутъ, что съ тонкою, чуткою душой, въ такой мрачной средѣ ничего иного, кромѣ того, что случилось, и быть не могло... Литературная обработка рѣчи была поразительная; ни одного простого выраженія, всѣ съ „самыми литературными“ переходами: Пойдемъ, сказалъ я ему.—Пойдемъ, отвѣтилъ онъ.—Что-жъ дальше будетъ? спросилъ я.—А вотъ увп-

дишь, отвѣтилъ онъ, мрачно взглянувъ на меня исподлобья.—Посмотримъ, повторилъ я, и въ ту же минуту увидалъ, что у него въ рукѣ блеснуло что-то... Ножъ! промелькнуло у меня въ головѣ, и въ ту же минуту со мною случилось что-то странное, непонятное...“

„Павлушка Баранъ вдругъ запнулся, уставился въ одну точку, потрогалъ себѣ голову, кончилъ отрывистой фразой: „Я не помню, что было дальше“, и, совсѣмъ какъ его защитникъ, безсильно опустился на скамью. Присяжные совѣщались недолго, признали его виновнымъ и не дали снисхожденія. Проходя мимо насъ подъ конвоемъ, онъ ухарски проводилъ рукой по своимъ длиннымъ волосамъ и улыбался“.

На другой день въ томъ же отдѣленіи суда разбиралось второе такое же дѣло (2 ч. 1484 или 2 ч. 1455 ст. ул.). Мой драгоцѣнный сотрудникъ пишетъ:

„Когда секретарь прочелъ обвинительный актъ и предсѣдатель спросилъ, признаетъ ли себя подсудимый виновнымъ, онъ отвѣчалъ твердымъ и яснымъ голосомъ:—Да, признаю“.

„Должно быть, у Ч. предсѣдательская строгость напускная или выработавшаяся помимо него самого. Никто изъ видѣнныхъ мною предсѣдателей не воспринималъ сознанія подсудимаго съ такою удивительною душевною мягкостью, какъ Ч. И спрашиваетъ онъ о виновности великолѣпно, какъ будто хочетъ сказать: „если виноватъ, то—чего тамъ?—лучше кайся; хуже не будетъ“. Ч. облегчаетъ подсудимому сознаніе, не выманивая его и не суля за него ничего; онъ видимо старается поддержать въ немъ рѣшимость на откровенность, словно видитъ въ немъ трудный перевалъ отъ преступнаго прошлаго къ искупительному будущему, но не къ обѣленію виновнаго, а къ самостоятельному его возрожденію: поворотъ опасный, когда подсудимаго надо поддержать, какъ малаго ребенка, чтобы не дать ему ослабѣть передъ страхомъ отвѣтственности, не дать опуститься въ омутъ естественныхъ спутниковъ преступленія, въ омутъ трусости и лжи“.

„Когда на вопросъ предсѣдателя о виновности подсудимый отвѣтилъ утвердительно, всѣ присутствующіе встрѣтили его сознаніе непродолжительнымъ, но глубокимъ молчаніемъ. Я вижу въ этомъ естественную, невольную дань уваженія, если не къ личности подсудимаго, всегда нѣсколько подозрительной на этой скамьѣ, то къ его личной драмѣ, выразившейся въ одномъ изъ величайшихъ движеній человѣческаго духа—въ раскаяніи и всенародномъ покаяніи,

въ томъ самомъ покаяніи, коимъ, по словамъ Писанія, одинъ грѣшникъ доставляетъ небесамъ больше радости, чѣмъ жизнь и подвиги десяти праведниковъ".

— Въ такомъ случаѣ, произнесъ предсѣдатель, разскажите намъ, какъ все было, и мы перейдемъ къ судебнымъ преніямъ.

„Увы! подсудимый не устоялъ: отзывается опьяненіемъ и запамятованіемъ".

— Тогда приступимъ къ судебному слѣдствію. Г. судебный приставъ, пригласите свидѣтелей.

„Въ этомъ возгласѣ предсѣдателя мнѣ слышится заглушенная нотка не то досады, не то сожалѣнія; можетъ быть, того и другого: не хочешь сознаваться—и не надо; все равно выведемъ тебя, голубчика, на чистую воду".

Мнѣ нечего говорить о томъ, какъ вѣрно это замѣчаніе.

„Свидѣтели и на этотъ разъ дали чисто внѣшнюю, какъ въ дѣлѣ Павлушки Барана, картину преступленія. Около Сестрорѣцкаго вокзала шли вмѣстѣ или встрѣтились подвыпившіе рабочіе. Вдругъ ни съ того, ни съ сего одинъ набрасывается на другого и наноситъ ему рану въ високъ; тотъ падаетъ, обливаясь кровью; крови вышло много, „цѣлая лужа"; раненаго везутъ въ ближайшую больницу, кое-какъ дѣлаютъ перевязку и отправляютъ его домой; по дорогѣ или дома онъ умираетъ".

„Подсудимый слушаетъ судебное слѣдствіе съ удивительнымъ спокойствіемъ, словно рѣчь не о немъ. Съ особеннымъ хладнокровіемъ, какъ бы предвкушая заранѣе подготовленное для присяжныхъ впечатлѣніе, слушаетъ онъ показаніе свидѣтельницы со стороны защиты,—матери убитаго, еще не старой женщины".

— Свидѣтельница, какъ мать пострадавшаго, вы допрашиваетесь безъ присяги, но это не освобождаетъ васъ отъ обязанности говорить суду чистую правду,—обращается къ ней предсѣдатель.

„Свидѣтельница мнется и молчитъ. Предсѣдатель повторяетъ свое заявленіе, объясняя подробнѣе, почему законъ освобождаетъ родителей отъ присяги по дѣламъ ихъ дѣтей. Свидѣтельница рѣшается превозмочь предусмотрѣнныя закономъ ея родительскія нѣжности и показываетъ, что между подсудимымъ и ея сыномъ ни раньше, ни передъ самымъ происшествіемъ никакихъ особыхъ непріятностей не было; на похоронахъ убитаго подсудимый каялся, и она, свидѣтельница, простила его".

„Предсѣдатель освобождаетъ свидѣтельницу; она заявляетъ желаніе получить вознагражденіе за явку и, въ сіяніи христіан-

скаго всепрощающаго смиренія, садится „послушать“; присяжные засѣдатели провожаютъ ее взглядами, сдерживая свою веселость; мнѣ вспоминаются стихи Некрасова: „Внимая ужасамъ войны...“

„Можно ли провести присяжныхъ засѣдателей этой недостойной комедіей? Безподобно было христіанское смиреніе свидѣтельницы-матери. Она простила подсудимаго за убійство сына, старалась не помнить причиненнаго ей горя, но ни на минуту не забыла казенной трешницы [1]); не хуже этого и показаніе ея о публичномъ покаяніи подсудимаго передъ гробомъ своей жертвы. доведенное до свѣдѣнія „господъ присяжныхъ засѣдателей“ устами чадолюбивой матери-свидѣтельницы со стороны защиты. Безподобенъ былъ и устремленный на свидѣтельницу подсудимымъ взглядъ холодныхъ, сѣрыхъ глазъ».

„Я не замѣтилъ въ немъ и слѣда волненія, котораго подсудимый не могъ не испытать при напоминаніи объ этомъ покаяніи, если бы въ немъ была хоть росинка искренняго раскаянія. Нѣтъ! Это было раскаяніе бутафорское, пріуготовленное защитникомъ для „господъ“ присяжныхъ засѣдателей, разсчитанное на ихъ впечатлительность. Съ другой стороны, у подсудимаго не было и той поразительной безпечности, съ какою зарѣзалъ пріятеля Павлушка Баранъ. Тотъ совсѣмъ безнадеженъ; его сердце не знаетъ ни добра, ни зла, не умѣетъ отличить одного отъ другого. Но „этотъ ужъ не тотъ“. У этого сердце знаетъ и различаетъ прекрасно; смышленности у него — хоть отбавляй; такъ и хочетъ, кажется, сказать: ниже передъ Господомъ Богомъ, а передъ людьми и подавно, въ дуракахъ быть не желаю. Ни за что, ни про что, какъ Павлушка Баранъ, этотъ никому не „дастъ“ ножомъ: арестантскими ротами рисковать не стоитъ; если „далъ“, то, можетъ быть, и сгоряча, но во всякомъ случаѣ съ полнымъ сознаніемъ, за что; если не говоритъ, за что, то съ выборомъ изъ двухъ золъ меньшаго. Расчетъ не хитрый, ясный: чѣмъ чортъ не шутитъ, когда Богъ спитъ! Кто ихъ тамъ разберетъ, присяжныхъ? За простое „нанесеніе“, можетъ быть, закатаютъ, можетъ быть дадутъ снисхожденіе, можетъ быть,—оправдаютъ... Если же сказать, за что... впрочемъ, не лучше ли помолчать? Отвертѣться — ау, братъ! — нельзя... На другого свалить — и думать не моги... Куда

---

[1]) Свидѣтельница была вызвана изъ Петербурга и не имѣла права на вознагражденіе за явку въ судъ; но она не знала этого, и замѣчанія присяжнаго засѣдателя остаются психологически вѣрными.

лучше въ сознаніи, съ забытіемъ остального прочаго отъ пьянства..."

Какъ полезно было бы молодымъ нашимъ обвинителямъ и защитникамъ запомнить эти замѣчанія присяжнаго засѣдателя. Они по большей части обращаются съ присяжными, какъ съ взрослыми младенцами. Не ясно ли изъ этихъ немногихъ строкъ, во-первыхъ, что присяжные не такъ просты, какъ намъ кажется, а во-вторыхъ... во-вторыхъ, не бываютъ ли они умнѣе насъ съ вами, друзья мои? Но, можетъ быть, мой сотрудникъ, хотя и умный, но вмѣстѣ съ тѣмъ исключительно желчный, озлобленный человѣкъ, зараженный предвзятымъ недовѣріемъ къ подсудимому, способный видѣть въ немъ только виновнаго, въ себѣ — только карателя во что бы то ни стало, гдѣ только есть преступленіе? Напротивъ. Это именно настоящій присяжный засѣдатель, т. е. человѣкъ безъ предвзятыхъ взглядовъ, не разслабленный и не зачерствѣвшій, всегда готовый на невмѣненіе по нравственнымъ основаніямъ при совершенной доказанности преступленія. Это настоящій присяжный, такой, передъ которымъ настоящій защитникъ всегда достигнетъ разумно разсчитанной цѣли.

Въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, за самыми рѣдкими, единичными исключеніями, подсудимые — это мало развитые, совершенно невѣжественные, грубые люди; такъ называемые острожные юристы не лучше другихъ въ этомъ отношеніи, что бы ни говорили мы про нихъ; ихъ юридическія познанія ограничиваются только карательной лѣстницей по своей спеціальности и точнымъ вычисленіемъ срока „рѣшенія столицы"; о правилахъ судопроизводства, о психологіи судей и присяжныхъ они знаютъ столько же, сколько иной товарищъ прокурора, только что выпущенный на боевую линію изъ канцеляріи Сената, или молодой помощникъ вступившій на поприще будущихъ подвиговъ. Правда, подсудимый самъ читалъ дѣло въ канцеляріи суда, правда, у него въ рукахъ списокъ обвинительнаго акта, въ которомъ сказано, что „при производствѣ дознанія онъ призналъ себя виновнымъ, подтвердивъ описанныя выше обстоятельства", а „допрошенный въ качествѣ обвиняемаго, подтверждая свое первоначальное признаніе, подтверждалъ, что напалъ на потерпѣвшаго безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія, вслѣдствіе происшедшей между ними ссоры, но въ подтвержденіе сего послѣдняго обстоятельства никакихъ доказательствъ не представилъ". Онъ долженъ, конечно, понимать, что ему заранѣе отрѣзанъ путь отрицанія, что онъ уже изобличенъ и

въ противорѣчіи съ самимъ собою, и все-таки, девять разъ изъ десяти или еще чаще, онъ не видитъ этого или не думаетъ объ этомъ, а лжетъ такъ же легко и безсмысленно, какъ лгутъ дѣти или сумасшедшіе.

Подсудимому 18 лѣтъ; на видъ онъ мальчикъ, судится за покушеніе на третью кражу; въ обвинительномъ актѣ сказано, что онъ не призналъ себя виновнымъ, объяснивъ, что въ день событія, *получивъ заработанные имъ 3 р. 75 к., пилъ водку и пиво* въ ресторанѣ и пивной, гулялъ съ проституткой на вокзалѣ, потомъ въ полѣ пилъ водку съ рабочими мѣстнаго завода, игравшими въ карты, а на возвратномъ пути, встрѣтившись съ тою же женщиной, пробылъ нѣкоторое время съ нею и послѣ этого былъ по недоразумѣнію задержанъ. На судѣ онъ заявляетъ, что *выйдя изъ тюрьмы безъ денегъ, онъ въ теченіе нѣсколькихъ дней* бродилъ въ Петербургѣ, *не могъ найти работы* и съ голоду пошелъ на кражу.

Въ извѣстномъ смыслѣ можно сказать, если хотите, что эта ложь удобна для обвинителя, для предсѣдателя и для присяжныхъ: она упрощаетъ дѣло въ двоякомъ отношеніи: во-первыхъ, сразу видно, что дѣйствительнаго возраженія противъ обвиненія у подсудимаго нѣтъ; слѣдовательно, нѣтъ разумнаго основанія сомнѣваться въ его виновности, и, во-вторыхъ, вмѣсто раскаянія онъ проявляетъ упорное запирательство, — слѣдовательно, и вопросъ о снисхожденіи и о мѣрѣ наказанія разрѣшается просто; съ другой стороны, подсудимый даетъ объясненія суду; это его право; стѣснять его въ пріемахъ защиты было бы нарушеніемъ гарантій, предоставленныхъ ему гуманнымъ закономъ и проч. Подъ вліяніемъ тѣхъ или другихъ причинъ подсудимому предоставляется невозбранно лгать, какъ ему угодно, поносить, кого угодно и сколько ему нравится, что, по личному моему убѣжденію, нельзя не признать совсѣмъ не соотвѣтствующимъ ни истиннымъ задачамъ правосудія, ни его достоинству. Я понимаю, что обвинитель и присяжные почти совершенно безсильны въ этомъ случаѣ. Какъ сказать подсудимому: не лги; ты только вредишь себѣ этимъ, а дѣло и такъ ясно? Но мнѣ кажется, что предсѣдатель, отступивъ немного отъ формальнаго безстрастія, могъ бы предупредить или по крайней мѣрѣ остановить ложь подсудимаго. Мнѣ припоминается недавній случай, когда бывалый громила, начавшій съ самой развязной наглой лжи и упорно державшійся ея до середины, почти до конца процесса, вдругъ подъ вліяніемъ одного прямого и по

своей простотѣ убѣдительнаго вопроса предсѣдателя, запнулся, замолчалъ и вдругъ, видимо рѣшившись, брякнулъ: признаюсь во всемъ! Само собою разумѣется, что онъ не потерялъ отъ этого признанія.

Ложь и клевета въ устахъ подсудимыхъ составляютъ столь обычное явленіе, что всякій начинающій адвокатъ, если только онъ знаетъ, что учиться надо на тѣхъ процессахъ, въ которыхъ онъ лично не участвуетъ,—всякій такой защитникъ не разъ имѣлъ случай наблюдать ихъ; если онъ сколько нибудь чуткій человѣкъ, онъ не могъ не почувствовать остраго непріязненнаго чувства, мгновенно создающагося за судейскимъ столомъ и на креслахъ присяжныхъ противъ подсудимаго послѣ этой явной лжи и клеветы. Если онъ внимательно относится къ своему призванію, онъ уже сказалъ себѣ, что это не случайность, а заурядная вещь; что ложь зудитъ языкъ подсудимаго, и что онъ, неразвитой, легкомысленный, неспособный къ оцѣнкѣ ея очевидности и неизбѣжныхъ послѣдствій, не умѣетъ устоять передъ нелѣпымъ искушеніемъ. Что же мѣшаетъ защитнику сказать подсудимому, что правда лучше лжи, а ложь хуже простого молчанія? Допустимъ, наконецъ, что подсудимый окончательно павшій человѣкъ, что онъ заслуживаетъ безпощаднаго возмездія, что въ его устахъ клевета не случайность, а естественное проявленіе низменной натуры,—я спрашиваю, что можетъ остановить защитника отъ попытки разъяснить ему безполезность и опасность лжи? И я утверждаю, что, если даже такой человѣкъ лжетъ, то доля отвѣтственности за эту ложь лежитъ на защитникѣ.

Разумный защитникъ долженъ считаться съ тѣмъ, что, коль скоро подсудимый признался въ преступленіи на дознаніи или на предварительномъ слѣдствіи и въ дѣлѣ нѣтъ основательныхъ сомнѣній въ его виновности, отрицаніе въ устахъ подсудимаго передъ судьями и присяжными почти всегда безполезно и всегда опасно. Если даже первоначальное сознаніе не внесено подробно въ обвинительный актъ, у суда все-таки остается возможность такъ или иначе сдѣлать его извѣстнымъ для присяжныхъ. Наличность въ самомъ слѣдственномъ производствѣ акта, излагающаго обстоятельства преступленія словами самого его виновника, развязно отрицающаго все ранѣе имъ же обнаруженное, подстрекаетъ не только обвинителя, но и предсѣдателя раскрыть карты присяжнымъ; для этого иногда бываетъ достаточно самаго ничтожнаго повода. Простой вопросъ: не желаетъ ли подсудимый, чтобы было

прочтено показаніе, данное имъ у судебнаго слѣдователя?—спрашиваетъ прокуроръ; защитникъ возражаетъ; предсѣдатель напоминаетъ обвинителю, что оглашеніе показанія надлежитъ предоставить собственному побужденію подсудимаго независимо отъ какихъ-либо напоминаній; обвинитель почтительно кланяется; неприкосновенность правъ подсудимаго соблюдена. Но въ непередаваемыхъ чернилами оттѣнкахъ голоса, въ паузахъ, въ быстрыхъ совѣщаніяхъ предсѣдателя съ членами суда для присяжныхъ засѣдателей мелькаетъ нѣсколько намековъ, по которымъ они безошибочно догадываются, что сознаніе было и, слѣдовательно, подсудимый передъ ними лжетъ. Я знаю, что огражденіе правъ подсудимаго есть въ сущности недостойная комедія; но я вмѣстѣ съ тѣмъ утверждаю, что никакой защитникъ не можетъ предотвратить ея и что она будетъ продолжаться до тѣхъ поръ, пока не будетъ измѣненъ законъ. А измѣненіе закона неизбѣжно. По ст. 590 проекта уст. угол. суд. показанія, данныя подсудимымъ на предварительномъ слѣдствіи, подлежатъ оглашенію на судѣ, если съ ними не согласны его устныя объясненія. Правило это, какъ извѣстно, было принято въ комиссіи большинствомъ 25 голосовъ противъ одного В. Д. Спасовича, и нельзя сомнѣваться, что рано или поздно оно станетъ закономъ. Указаніе Спасовича на то, что оглашеніе письменныхъ показаній подсудимаго можетъ поставить послѣдняго въ тягостное положеніе, при коемъ онъ вынуждаемъ къ признанію тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ, справедливо; но это указаніе не можетъ служить основаніемъ для отрицанія предполагаемаго правила, ибо, какъ вѣрно указано въ мнѣніи большинства, „исходя изъ подобной точки зрѣнія, пришлось бы отказаться отъ предъявленія противъ подсудимаго какого бы то ни было доказательства, могущаго имѣть значеніе улики, такъ какъ не подлежитъ сомнѣнію, что установленіе на судѣ каждаго обстоятельства, изобличающаго лицо, привлеченное къ отвѣтственности, можетъ склонить его къ признанію своей вины (объяснит. зап., т. III, стр. 215 и 216)“. Все это неизвѣстно подсудимому, но должно быть хорошо знакомо защитнику.

Онъ долженъ также знать, что и помимо собственныхъ объясненій подсудимаго, огражденныхъ дѣйствующимъ закономъ отъ пытливости присяжныхъ засѣдателей, въ процессѣ встрѣчается множество мелкихъ случайностей, могущихъ нежданно-негаданно изобличить подсудимаго во лжи.

Женщина судится за четвертую кражу; она признается, что

украла часы, отрицаетъ, что украла вмѣстѣ съ тѣмъ штаны у рабочаго; плачетъ и разсказываетъ, что у нея умерло двое дѣтей, а мужъ убитъ во время забастовки. Свидѣтельница изобличаетъ ее въ кражѣ обѣихъ вещей, предсѣдатель оглашаетъ справки: при допросѣ у слѣдователя подсудимая сама говорила, что мужъ ея живъ, и указала его адресъ; это подтверждается семейнымъ спискомъ; дѣтей у нея нѣтъ. Вмѣсто „несчастная", хочется сказать: „лгунья". Я думаю, что защитникъ, не менѣе самой подсудимой, виноватъ въ естественномъ раздраженіи присяжныхъ.

Молодая дѣвушка судилась по 9 и 2 ч. 1451 ст. ул. о нак. Она жила въ прислугахъ въ Лѣсномъ, скрывая беременность; чувствуя приближеніе родовъ, она зашла во дворъ пустой дачи и, разрѣшившись отъ бремени, оторвала пуповину, не перевязавъ ее, и спрятала ребенка въ кучѣ сухихъ листьевъ. Къ счастью, за нею слѣдилъ дворникъ сосѣдней дачи; когда она вышла на улицу, онъ подобралъ ребенка; его спасли, а черезъ нѣсколько временя разыскали преступную мать. На судебномъ слѣдствіи эта женщина отрицала свою виновность и, утверждая, что рожала въ первый разъ, объяснила, что, оторвавъ пуповину, она вовсе не думала бросить ребенка; напротивъ, она пошла къ себѣ за бѣльемъ для него, а прикрыла его листьями для того, чтобы его не нашли собаки. Когда судебное слѣдствіе было закончено и спокойныя показанія свидѣтелей съ очевидностью показали присяжнымъ, что объясненія подсудимой были сплошной ложью, предсѣдатель обратился къ ней съ вопросомъ:

— Въ обвинительномъ актѣ записано съ вашихъ словъ, и здѣсь вы подтвердили, что это были ваши первые роды; правда ли это?

— Да, правда.

Предсѣдатель открылъ дѣло и прочиталъ приговоръ другого суда, коимъ подсудимая была осуждена по 2 ч. 1460 ст. улож., т. е. за сокрытіе трупа внѣбрачнаго ребенка.

Дѣвушка совершила жестокое преступленіе. Можетъ быть, она ни разу не слыхала слова искренняго укора. И въ первый, и во второй разъ, преступница видѣла кругомъ себя доносчиковъ, преслѣдователей, изобличителей, карателей; сочувствіе она и не могла вызывать, по крайней мѣрѣ во второмъ случаѣ. Но,—кто знаетъ,—нѣсколько простыхъ сердечныхъ словъ, сказанныхъ человѣкомъ, пришедшимъ помочь ей, могли бы раскрыть ей глаза и смягчить сердце; она принесла бы на судъ самое драгоцѣнное, что можетъ

дать отъ себя грѣшникъ,—раскаяніе. Но, вмѣсто сожалѣнія, вмѣсто покаянія, она лжетъ. Неизбѣжное послѣдствіе,—вмѣсто сочувствія и желанія облегчить ея наказаніе, у судей и у присяжныхъ поднимается раздраженіе. Она изобличена въ покушеніи на жизнь своего ребенка и не кается, не плачетъ, а лжетъ. Кто виноватъ, кромѣ ея самой? Сентиментальныя разсужденія тутъ не къ мѣсту. И кто поручится, что призывъ защитника къ покаянію окажетъ какое-нибудь вліяніе на подсудимую? Ее уже научили, что „быть въ сознаніи“ хуже всего, а „знать не знаю“—вѣрнѣйшее средство.

Подсудимая сама виновата, конечно. Но я утверждаю, что больше ея виноватъ ея защитникъ: онъ не сдѣлалъ и попытки убѣдить ее, что ее погубитъ ложь. Онъ не могъ не видѣть, что запирательство не имѣетъ смысла, что присяжнымъ не придется сомнѣваться въ томъ, былъ ли у подсудимой умыселъ лишить жизни ребенка, и что споръ можетъ быть только о вмѣненіи преступленія въ вину. А затѣмъ, онъ зналъ не только то, что подсудимая утверждала, будто рожала впервые, и что это записано въ обвинительномъ актѣ, но зналъ также, что это ложь и что ложь эта уже опровергнута приложеннымъ къ дѣлу судебнымъ приговоромъ. Онъ долженъ былъ предвидѣть, что подсудимая повторитъ и эту заранѣе изобличенную ложь передъ судьями и присяжными, и онъ не предостерегъ отъ нея подсудимой.

Какъ бы ни было велико преступленіе, какъ бы ни были сильны улики, законъ не вынуждаетъ сознанія у подсудимаго; онъ можетъ отказаться отъ всякихъ объясненій; обвинитель долженъ изобличить его. Но не ясно ли, что въ этомъ случаѣ ложь и клевета могутъ только повредить ему?

Мужъ обвиняется въ убійствѣ жены. Подавляющія улики говорятъ, что онъ убилъ ее, чтобы жениться на другой женщинѣ, но онъ отрицаетъ свою виновность. Первая свидѣтельница—домовладѣлица, у которой служила покойная, показываетъ, что она была работящая женщина безукоризненнаго поведенія. Предсѣдатель предлагаетъ посудимому дать объясненіе по поводу этого показанія; онъ говоритъ, что, живя отдѣльно отъ жены, слыхалъ отъ постороннихъ о ея измѣнахъ и два раза заставалъ ее „на мѣстѣ преступленія“ (слова подсудимаго) съ другими мужчинами. Рядъ послѣдующихъ свидѣтелей подтверждаетъ, что покойная была безупречной женою. Для судей и для присяжныхъ ясно, что подсудимый клевещетъ на мертвую. Могутъ ли они удержаться отъ движенія негодованія въ душѣ? Подсудимый нѣсколько разъ пов-

торялъ эту клевету; предсѣдатель, обязанный предоставить ему всѣ законныя средства къ оправданію, не считалъ себя въ правѣ остановить его, и присутствовавшіе нѣсколько разъ вынуждены были испытать стѣсненное состояніе своего безсилія передъ поношеніемъ убитой женщины ея убійцей. Мнѣ кажется, въ этомъ была ошибка предсѣдателя. Эта клевета была не защитой, а ненужнымъ, безсознательнымъ самообличеніемъ подсудимаго; ее можно и должно было остановить. Конечно, объ этомъ можно спорить; многіе, пожалуй, скажутъ, что это было не ошибкой предсѣдателя, а исполненіемъ закона. Но развѣ нельзя было *предотвратить* эту отвратительную клевету? Я утверждаю, что опытный адвокатъ, приглядѣвшись къ грубой натурѣ подсудимаго, заранѣе сказалъ бы себѣ, что онъ способенъ на подлость и не способенъ понять, что можетъ только повредить себѣ подлостью; настоящій защитникъ угадалъ бы, что онъ будетъ лгать и что ложь будетъ именно клеветою на покойную: это слишкомъ обычная черта уголовной психологіи. Я утверждаю, что эта предусмотрительность была прямою обязанностью защитника. И если бы подсудимый по своей нравственной тупости сказалъ ему, что видитъ въ этой клеветѣ единственную возможность смягчить свою кару, защитникъ обязанъ былъ бы разъяснить ему, что, если бы присяжные повѣрили этой лжи, она была бы только лишней уликой противъ него,—въ ней лишній поводъ къ враждѣ подсудимаго противъ покойной.

Нужно ли говорить о послѣдствіяхъ? Присяжные засѣдатели не дали подсудимому снисхожденія и судъ приговорилъ его къ безсрочной каторгѣ.

Нельзя не замѣтить, что въ этомъ возмутительномъ дѣлѣ, со стороны подсудимаго, была возможна вполнѣ цѣлесообразная ложь; такая ложь могла бы сдѣлать его почти недосягаемымъ для возмездія за дѣйствительно имъ совершенное злодѣяніе. Его жена жила въ работницахъ на Охтѣ; онъ посѣщалъ ее изрѣдка; 26 іюня 1907 года онъ неожиданно потребовалъ, чтобы она ѣхала съ нимъ въ деревню; она собрала свои вещи, и они ушли вдвоемъ; послѣ этого она не возвратилась; черезъ три дня въ Новой Деревнѣ, на пустырѣ былъ обнаруженъ сильно разложившійся трупъ женщины; полицейскій врачъ по наружному осмотру призналъ, что она умерла отъ апоплексіи вслѣдствіе опьяненія; личность покойной осталась неустановленной, и трупъ былъ преданъ землѣ. Спустя нѣкоторое время Василій Л. женился, а

черезъ годъ по доносу кого-то изъ близкихъ его или его первой жены противъ него было возбуждено обвиненіе въ двоеженствѣ. Начатое предварительное слѣдствіе выяснило, что первая жена его пропала безъ вѣсти и что близкіе люди подозрѣвали его въ убійствѣ ея; по указаніямъ дальнѣйшаго разслѣдованія былъ вырытъ изъ могилы трупъ женщины, найденной мертвой въ Новой Деревнѣ. Платье, юбка, рубаха и одна серьга сохранились вполнѣ; сохранились и волосы, а знакомые Евдокіи Л. удостовѣрили, что, уходя съ мужемъ изъ усадьбы на Охтѣ, она надѣла тѣ самыя вещи, которыя оказались на мертвой. Вскрытіе трупа не дало никакихъ указаній на причину смерти.

На предварительномъ слѣдствіи и на судѣ Василій Л. утверждалъ, что не заходилъ за женою на Охту 26 іюня 1907 г. Эта ложь и была основной уликой противъ него; судебное слѣдствіе установило съ полной достовѣрностью, что онъ былъ на Охтѣ въ этотъ день и ушелъ оттуда вмѣстѣ съ женой. Но, если бы вмѣсто того, чтобы безсмысленно лгать, подсудимый призналъ этотъ несомнѣнный фактъ и затѣмъ заявилъ, что, дойдя до Новой Деревни, убилъ жену ненамѣренно, что между ними произошла ссора и что, послѣ нѣсколькихъ ударовъ кулакомъ по головѣ, онъ бросилъ ее на мѣстѣ ссоры въ безчувственномъ состояніи, не зная, не подозрѣвая даже, что удары были смертельные,—конечно, такая ложь была бы спасеніемъ убійцы.

Его защитникъ указалъ бы присяжнымъ на два обстоятельства: во-первыхъ, причина смерти не установлена; во-вторыхъ, признаніе подсудимаго въ ненамѣренномъ убійствѣ на самомъ дѣлѣ устанавливало только нанесеніе имъ женѣ побоевъ неопредѣленнаго свойства: можетъ быть, тяжкихъ, можетъ быть, не тяжкихъ,—и только; у судей и у присяжныхъ осталось бы сильное подозрѣніе, что подсудимый убилъ жену, чтобы жениться на любовницѣ, но признать убійство доказаннымъ никто бы не могъ.

Да, если бы убійца сумѣлъ солгать, онъ ушелъ бы отъ возмездія, и, конечно, это не единственное въ своемъ родѣ дѣло; но я не думаю, чтобы такихъ дѣлъ было много, и, во всякомъ случаѣ, съ возможностью такой лжи надо считаться, какъ съ дѣйствительно неизбѣжнымъ зломъ; противъ нея должна быть направлена умѣлая борьба слѣдователя и прокурора.

А если бы Василій Л. принесъ повинную, и особенно если бы судьи замѣтили въ немъ раскаяніе или хотя бы сожалѣніе о

своемъ преступленіи, они, вѣроятно, нашли бы возможнымъ и справедливымъ уменьшить въ нѣкоторой мѣрѣ его наказаніе.

Въ очень многихъ случаяхъ, какъ это видно и изъ нѣкоторыхъ уже приведенныхъ мною примѣровъ, не требуется даже никакой прозорливости отъ защитника; требуется только вниманіе къ обвинительному акту и къ заявленію подсудимаго, что онъ не признаетъ себя виновнымъ. Привожу еще одинъ, особенно убѣдительный примѣръ.

Подсудимый, крестьянинъ 20 лѣтъ, обвинялся по 9, 1525 и 1641 ст. улож. о нак. На предварительномъ слѣдствіи онъ, не признавая себя виновнымъ, показалъ слѣдующее: „Онъ былъ пьянъ; ему встрѣтились двѣ незнакомыхъ дѣвушки; одну изъ нихъ онъ въ шутку обнялъ. Дѣвушки закричали и разбѣжались въ разныя стороны, при чемъ у одной изъ нихъ подлѣ кладбища вывалились изъ рукъ на землю *два платка*; на крики дѣвушекъ сталъ сбѣгаться народъ; онъ испугался и побѣжалъ къ оградѣ, при чемъ на ходу *неумышленно зацѣпилъ ногой потерянные одной изъ дѣвушекъ платки и случайно протащилъ ихъ съ собою на кладбище*, гдѣ они и остались, когда онъ перелѣзъ ограду и побѣжалъ далѣе“.

Потерпѣвшая на предварительномъ слѣдствіи показала: „Когда мы вмѣстѣ съ Анной дошли до кладбища, насъ догналъ молодой человѣкъ; онъ схватилъ меня сзади и сталъ валить, но я не поддалась и стала кричать о помощи; онъ ударилъ меня кулакомъ по шеѣ; я все-таки устояла на ногахъ; тогда онъ опять ударилъ меня, я свалилась на землю; я кричала, онъ грозилъ мнѣ ножемъ. Анна побѣжала къ селу за народомъ. Тогда онъ зажалъ мнѣ ротъ рукою и вытащилъ изъ кармана платокъ съ десятью рублями, сорвалъ съ головы шерстяной платокъ и убѣжалъ черезъ кладбище“. Подруга потерпѣвшей осталась неразысканной и не была допрошена; но въ судъ, кромѣ потерпѣвшей, былъ вызванъ урядникъ, производившій дознаніе; онъ успѣлъ опросить ее, и дѣвушка вполнѣ точно разсказала то же, что и ея спутница. Потерпѣвшая и урядникъ были вызваны въ судебное засѣданіе. Можно ли было разсчитывать, что присяжные повѣрятъ удивительнымъ прыжкамъ этихъ двухъ платковъ? Можно ли было допустить подсудимаго до повторенія этой нелѣпой басни? Оказалось, — вполнѣ возможно: подсудимый твердилъ что-то несвязное, но и тутъ выходило, что не дѣвушки спасались отъ него, а платки ихъ гнались за нимъ по пятамъ.

*

Въ приведенныхъ выше примѣрахъ ложь подсудимыхъ изобличается частью явной нелѣпостью ихъ объясненій, частью противорѣчіями въ ихъ словахъ; другимъ обычнымъ средствомъ изобличенія подсудимыхъ служатъ свидѣтельскія показанія. Конечно, правда не всегда бываетъ сильнѣе лжи, но, мнѣ кажется, нельзя не признать, что на судѣ несравненно труднѣе лгать, чѣмъ говорить правду. Самый ловкій лжецъ можетъ быть изобличенъ самымъ простодушнымъ правдивымъ человѣкомъ.

Подсудимый, рецидивистъ, обвинялся въ грабежѣ кошелька съ насиліемъ, въ соучастіи съ другимъ грабителемъ. Онъ призналъ себя виновнымъ въ кражѣ и объяснилъ, что не могъ грабить, потому что правая рука у него изувѣчена. Рука его дѣйствительно была искалѣчена. Одинъ изъ присяжныхъ спросилъ, какою рукою онъ укралъ кошелекъ. „Лѣвою“, отвѣтилъ подсудимый. — „А изъ какого кармана?“ спросилъ другой присяжный.—„Изъ лѣваго“. Предсѣдатель спросилъ потерпѣвшаго:

„Не помните ли, изъ какого кармана у васъ вытащили кошелекъ?“

Потерпѣвшій шумно усмѣхнулся:

„Такъ что, извините, у насъ штаны самодѣльные; лѣваго кармана мы вовсе не дѣлаемъ; изъ праваго вытащилъ,—даже пуговка отлетѣла“.

Правда слышится въ показаніи добросовѣстнаго свидѣтеля такъ же ясно, какъ ложь въ словахъ подсудимаго. На обычный вопросъ предсѣдателя по поводу прямого обвиненія въ показаніи свидѣтелей, подсудимые сплошь и рядомъ говорятъ, что свидѣтель „нахально вретъ“. Это—также грубость столь обычная, что защитники могли бы отучить отъ нея подсудимыхъ, если бы внимательнѣе относились къ своимъ обязанностямъ. Какъ только на судѣ рецидивистъ и грубый человѣкъ, отрицающій свою виновность, — это оскорбленіе свидѣтеля уже возможно и до нѣкоторой степени вѣроятно. Отчего не предотвратить его?

А между тѣмъ, какъ могущественны иногда бываютъ правдивыя слова подсудимыхъ. Я не говорю о тѣхъ громкихъ процессахъ, гдѣ убійство изъ ревности заранѣе оправдано общественнымъ мнѣніемъ и знаменитый адвокатъ развиваетъ передъ присяжными блестящія страницы сочиненнаго имъ романа; я говорю о скромной, неумѣлой, робкой правдѣ, о самой простой, сѣренькой правдѣ, которая въ двухъ, трехъ искреннихъ словахъ разбиваетъ самое твердое обвиненіе.

Молодой крестьянинъ обвинялся въ кражѣ 420 рублей у родственника, пріютившаго его въ своей квартирѣ въ Петербургѣ. Уѣхавъ въ деревню послѣ пропажи денегъ, онъ разсказалъ одному изъ своихъ односельчанъ, что обокралъ дядю, прибавивъ: у него взять не грѣшно; наживаетъ не своимъ трудомъ; затѣмъ, въ присутствіи урядника, онъ признался дядѣ въ кражѣ и просилъ прощенія, но денегъ не возвратилъ. На предварительномъ слѣдствіи онъ отрицалъ свою виновность, утверждая, что дядя ростовщикъ, оклеветавшій его, а урядникъ—взяточникъ, который „за деньги всякаго вора прикроетъ“. На судебномъ слѣдствіи онъ сказалъ, что денегъ не бралъ, и опровергалъ свидѣтелей, его уличавшихъ. Всѣмъ было ясно, что онъ лжетъ; присяжные были очень строги; нѣтъ сомнѣнія, что отвѣтъ о виновности былъ готовъ еще до преній. Но во время рѣчи прокурора было замѣчено, что защитникъ нѣсколько разъ обращался къ подсудимому съ какимъ-то настойчивымъ требованіемъ; это продолжалось, пока наконецъ подсудимый не кивнулъ ему утвердительно головой. Когда обвинитель кончилъ, защитникъ просилъ возобновить слѣдствіе, объяснивъ, что подсудимый имѣетъ сдѣлать существенно важное заявленіе суду. Предсѣдатель предоставилъ ему слово. Подсудимый всталъ и съ видимымъ усиліемъ надъ собою сказалъ: я укралъ, простите. На дальнѣйшіе вопросы онъ объяснилъ, что пришелъ въ судъ съ намѣреніемъ покаяться въ своей винѣ, но не могъ этого сдѣлать: боялся.— Что оставалось сдѣлать обвинителю? Онъ сказалъ, что если покаяніе искренно, виновный имѣетъ право на снисхожденіе; защитникъ говорилъ недолго, а могъ бы и совсѣмъ не говорить: онъ свое дѣло уже сдѣлалъ. Въ послѣднемъ словѣ подсудимый прибавилъ, что онъ работаетъ въ деревнѣ на жену и ребенка; это была правда. Присяжные подумали, подумали, да и рѣшили, что можно простить.

Пожилая крестьянка обвинялась по 2 ч. 1451 ст. улож.; она утопила внѣбрачнаго ребенка. Свидѣтели удостовѣрили, что она кормила свою многочисленную семью и взяла на воспитаніе бездомную племянницу. Защитникъ говорилъ горячо и искренно, доказывая, что ребенокъ умеръ послѣ родовъ еще въ избѣ матери и она бросила въ воду трупъ; онъ сильно волновался, говорилъ, что подсудимая жила „въ трудѣ и потѣ“, что она „скрыла свой трупъ“ и т. п. Но самаго главнаго онъ не коснулся: куда дѣвать живыхъ дѣтей, если сослать на каторгу виновницу? Предсѣдатель предоставилъ подсудимой послѣднее слово; она сказала присяжнымъ: „Если

вы меня обвините, что съ моими дѣтьми будетъ? У меня ихъ пятеро... Хлѣба только на два дня. Со мной, что хотите дѣлайте, только дѣтей не бросьте". Убійство было жестокое, присяжные не могли оправдать; но они признали подсудимую виновной по 2 ч. 1460 ст. улож., и судъ ограничилъ наказаніе тремя недѣлями ареста.

Молодой рабочій обвинялся въ покушеніи на убійство. Онъ нанесъ потерпѣвшему тяжкую рану ножомъ; послѣ обычной канители защитительной рѣчи онъ сказалъ: „Если бы онъ меня не ударилъ, я бы его не тронулъ; у меня вѣдь сердце человѣчье". Присяжные признали рану легкой, и раненый простилъ виновнаго.

Надо признать, что случаи такой трогательной правдивости подсудимыхъ несравненно рѣже, чѣмъ ихъ ложь. Но, если принять въ соображеніе, что ложь такъ рѣдко достигаетъ цѣли, такъ часто губитъ ихъ, то не слѣдуетъ ли изъ этого, что на защитникѣ лежитъ обязанность не только предостеречь подсудимаго отъ опасной лжи, но иногда и помочь ему сказать правду? Наши защитники не знаютъ этой обязанности. Но этого мало; они не только не умѣютъ уберечь подсудимыхъ отъ лжи,—они сами поддаются ей. Конечно, есть существенная разница въ положеніи подсудимаго и защитника: первый знаетъ, что лжетъ, второй можетъ этого не знать и, въ большинствѣ случаевъ, дѣйствительно не знаетъ; но, не загасивъ въ себѣ здраваго смысла, онъ въ большинствѣ случаевъ не можетъ не понимать этого. И, несмотря на это, онъ ухитряется увѣрить себя, что нелѣпый вымыселъ очень похожъ на правду, и что безсмысленное поношеніе потерпѣвшаго и свидѣтелей есть печальная необходимость защиты.

Степанъ Юрьевъ, пьяница портной, исправно пропивавшій каждый недѣльный заработокъ, укралъ у хозяина 600 рублей бумажками и золотомъ, прокутилъ 20 – 30 рублей, остальное отнесъ родственнику; тотъ оставилъ себѣ золото, зарывъ его въ сараѣ, а бумажки передалъ земляку, который зарылъ ихъ подъ мостомъ на Черной рѣчкѣ. Юрьевъ признался себя виновнымъ; двое другихъ утверждали, что дѣйствовали въ добросовѣстномъ заблужденіи, считая, что деньги принадлежали Юрьеву. Ихъ защитники доказывали, что это объясненіе вполнѣ правдоподобно, и требовали оправданія; защитникъ Юрьева доказывалъ, что онъ не зналъ, сколько укралъ, и также просилъ оправданія. Можно ли было говорить все это, не убѣдивъ себя предварительно, что среди присяжныхъ нѣтъ ни одного здравомыслящаго человѣка?

Если, однако, наши защитники не всегда умѣютъ отстранить отъ присяжныхъ губительную для подсудимыхъ ложь, то они иной разъ выказываютъ поразительную настойчивость въ томъ, чтобы вывести на свѣтъ суда самую убійственную правду.

Крестьянинъ Степановъ обвинялся въ грабежѣ; по его требованію была вызвана свидѣтельница, на которую онъ сослался на предварительномъ слѣдствіи въ подтвержденіе своего alibi; защитникъ, полагаю, былъ освѣдомленъ о ея показаніи у слѣдователя; какъ бы то ни было, онъ не отказался отъ допроса ея. Въ своемъ письменномъ показаніи эта женщина сказала слѣдующее: „Совершенно не помню, чтобы Степановъ былъ у насъ 28 февраля 1901 г. (день преступленія). Я прекратила знакомство съ нимъ около двухъ лѣтъ тому назадъ и дѣтямъ своимъ запретила съ нимъ знаться, такъ какъ до меня стали доходить слухи, что онъ пьянствуетъ, знается съ хулиганами, и то тутъ, то тамъ съ нимъ случаются всякіе скандалы". Какъ разъ то, что нужно, чтобы устранить всѣ возможныя колебанія присяжныхъ! Свидѣтельница постаралась нѣсколько смягчить свое письменное показаніе передъ судомъ, но по требованію обвинителя оно было оглашено. Иначе не могло и быть.

Крестьянинъ Касаткинъ обвинялся въ нанесеніи тяжкой раны крестьянину Данилову; на вопросъ предсѣдателя онъ сказалъ, что виновенъ, но хотѣлъ ударить не Данилова, а Ѳедотова, который билъ его сына; въ Данилова же попалъ нечаянно. Прокуроръ отказался отъ свидѣтелей, но защитникъ потребовалъ ихъ допроса. На предварительномъ слѣдствіи раненый Даниловъ показалъ слѣдующее: „Лишь только я вышелъ изъ дома Самуйлова, ко мнѣ подбѣжалъ Касаткинъ и, ничего мнѣ не сказавъ, ударилъ меня чѣмъ-то въ животъ"; свидѣтель Ѳедотовъ далъ такое показаніе: „Я видѣлъ, что Касаткинъ вышелъ изъ своего дома и скоро, скоро пошелъ по улицѣ; меня заинтересовало, куда такъ торопится Касаткинъ, и я сталъ слѣдить за нимъ; онъ подошелъ къ кучкѣ пьяныхъ односельчанъ, возвращавшихся съ попойки, и, приблизившись къ Егору Данилову, ударилъ его въ животъ". Вслѣдствіе требованія защитника Даниловъ и Ѳедотовъ были допрошены судомъ и повторили то, что показывали на предварительномъ слѣдствіи. Вмѣсто нанесенія раны въ ссорѣ или дракѣ, подсудимый былъ изобличенъ въ умышленномъ дѣяніи. Кто изобличилъ его?

Еще примѣръ.

Жиденькій мальчишка обвиняется по 9 и 1647 ст. улож.; онъ

сломалъ два замка на чердакѣ; на вопросъ предсѣдателя, со слезами говоритъ, что пошелъ на кражу съ голоду. О чемъ тутъ спрашивать свидѣтелей? О грошевыхъ замкахъ, которые и безъ ломки еле держатся на чердачныхъ дверяхъ? Товарищъ прокурора отказывается отъ судебнаго слѣдствія; предсѣдатель произноситъ: судъ переходитъ съ судебнымъ преніямъ, но молодой защитникъ съ жаромъ останавливаетъ его:

— Я прошу предъявить присяжнымъ засѣдателямъ вещественныя доказательства!

Передъ присяжными появляются два исполинскихъ замка съ вывороченными дужками и новехонькое долото превосходнаго издѣлія.

— Откуда у васъ это долото? спрашиваетъ предсѣдатель.

Подсудимый всхлипываетъ.

— Купилъ.

— Какимъ образомъ? Вѣдь вы сами сказали, что у васъ денегъ не было?

Подсудимый рыдаетъ:

— Послѣднюю рубаху заложилъ!

Нельзя сказать, чтобы положеніе обвиняемаго стало лучше. Но впереди еще рѣчь. Защитникъ сумѣетъ исправить свою ошибку. Послушаемъ.

„Не лучшее ли это доказательство его дѣйствительной крайности?“—восклицаетъ находчивый ораторъ:—вынужденъ былъ заложить свою послѣднюю рубаху, чтобы купить долото, вамъ предъявленное!“ [1])

Разберемъ этотъ случай серьезно. Положеніе подсудимаго какъ передъ преступленіемъ, такъ и на судѣ—*трагическое*. Въ семнадцать лѣтъ онъ—опасный громила. На свободѣ онъ—врагъ общества; его травятъ, какъ волка; на судѣ—тотъ же волкъ, только затравленный; убить его нельзя; приходится сострунить. Все это ясно и неизбѣжно. Всѣ это понимаютъ, но никому и въ голову не придетъ смѣяться. Всѣ чувствуютъ, что, при всей ясности и неизбѣжности, въ этомъ есть что-то неладное; что, какъ бы ни былъ виновенъ воръ, здѣсь есть еще чья-то другая вина. Если на смѣну этого настроенія у судей и у присяжныхъ явилась игривая оживленность и ироническое отношеніе къ подсудимому, это сдѣлалъ

---

[1]) Засѣданіе I отдѣленія С.-Петербургскаго окружнаго суда 16 сентября 1910 г.

только защитникъ; и если съ ихъ стороны была невольная насмѣшка, то съ его стороны, хотя и не намѣренное, но, скажу, преступное издѣвательство надъ тѣмъ, кого онъ призванъ былъ защищать.

Но вернемся къ основному вопросу. Подсудимый имѣетъ право защищаться свидѣтельскими показаніями; защитникъ можетъ заранѣе не знать, будутъ ли свидѣтели говорить правду или нѣтъ. Слѣдуетъ ли изъ этого, что онъ долженъ соблюдать это младенческое невѣдѣніе до послѣдней минуты, т. е. пока не будетъ уже лишенъ возможности исправить ошибку подсудимаго, или же долженъ своевременно предупредить его, что, если имъ выставлены лжесвидѣтели, они, по всей вѣроятности, отнимутъ у него послѣдніе шансы на оправданіе или смягченіе отвѣтственности? Полагаю, отвѣтъ ясенъ. Думаю также, что и на общій вопросъ: выгодна ли ложь на судѣ для тѣхъ, кто лжетъ, и не слишкомъ ли много лгутъ они, разумные люди сами найдутъ вѣрный отвѣтъ, не смущаясь исключительными уродливыми случаями, и сумѣютъ примѣнить сдѣланный выводъ къ своей практической дѣятельности. Если же собранные мною факты не убѣдительны, то и выводъ, который я могъ бы сдѣлать изъ нихъ, не будетъ убѣдителенъ для моихъ слушателей.

По окончаніи доклада открылись пренія.

М. И. Чубинскій, вполнѣ соглашаясь съ докладчикомъ, что ложь укоренилась въ нашей судебной процедурѣ, находитъ, что этому сильно способствуетъ крайне неудачная квалификація преступленій, влекущихъ часто за пустячные съ обывательской точки зрѣнія проступки слишкомъ суровыя наказанія. Несоотвѣтствіе наказанія содѣянному заставляетъ къ тому же присяжныхъ засѣдателей часто выносить оправдательные приговоры даже въ случаяхъ безспорной доказанности обвиненія.

М. М. Исаевъ указываетъ, что положеніе защиты во многомъ труднѣе положенія прокуратуры: послѣдней законъ предоставляетъ право отказаться отъ обвиненія, защитникъ же не можетъ отказаться отъ защиты подзащитнаго, хотя бы и вполнѣ выяснилась его вина. Этимъ требованіемъ законъ ясно показываетъ, и совершенно правильно, что защитникъ долженъ доводить свое дѣло до конца.

Б. Г. Бартъ отмѣчаетъ, что докладчикомъ лишь вскользь затронуты весьма серьезные и трагическіе вопросы,

волнующіе защитниковъ. Еще большой вопросъ, насколько защита вправѣ, пользуясь своимъ авторитетомъ, содѣйствовать сознанію подсудимаго, разъ она не увѣрена, и не можетъ быть вполнѣ увѣрена, что при признаніи послѣдуетъ полное оправданіе подсудимаго.

В. Д. Кузьминъ-Караваевъ сомнѣвается, можно ли и допустимо ли во имя формальной правды жертвовать внутренней правдой. Разница между этими двумя правдами особенно сильно ощущается въ политическихъ процессахъ, и врядъ ли кто-нибудь изъ защитниковъ найдетъ возможнымъ добиваться торжества формальной правды, въ ущербъ внутренней.

О. О. Грузенбергъ въ своей рѣчи доказывалъ право обвиняемаго для своего спасенія отступиться отъ формальной правды и полную невозможность для защиты дѣйствовать въ руку обвиненію, совѣтуя подзащитному самого себя погубить. Не дѣло защитника, а тѣмъ болѣе не обязанность обвиняемаго, облегчить задачу суда признаніемъ содѣяннаго. Хотя ложь на судѣ неизбѣжна, все-таки, когда мы выходимъ изъ суда, у насъ часто является сознаніе, что правда восторжествовала, но, конечно, не формальная и не бездушная.

Почему,—спрашиваетъ О. О. Грузенбергъ,—докладчикъ не возмущается ложью обвиненія, ставящаго обвиняемому всякое лыко въ строку? Не дѣло защитника брать на себя по отношенію къ подсудимому инквизиторскія обязанности.

Предсѣдатель *В. Д. Набоковъ* въ заключительномъ словѣ выразилъ отъ имени собранія благодарность докладчику.

Затѣмъ собраніе было закрыто.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

13 мая 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^3/_4$ час. вечера, подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества *М. М. Винавера.*

Предметомъ занятій служили: 1. Выборы предсѣдателя, товарища предсѣдателя и членовъ редакціоннаго комитета гражданскаго отдѣленія. 2. Докладъ *В. Г. Федорова:„Право*

опроверженія дѣйствій, совершаемыхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ".

По открытіи засѣданія *предсѣдатель М. М. Винаверъ* предложилъ приступить къ избранію, закрытою баллотировкою посредствомъ записокъ, предсѣдателя, товарища предсѣдателя и членовъ редакціоннаго комитета. Избранными оказались: предсѣдателемъ—*М. М. Винаверъ*, товарищемъ предсѣдателя—*В. М. Нечаевъ* и членами редакціоннаго комитета: *Ф. А. Вальтеръ*, *І. А. Покровскій* и *баронъ Н. А. Штакельбергъ*.

Затѣмъ собраніе приступило къ слушанію доклада *В. Г. Федорова*.

Тезисы доклада.

1) Ни одна изъ существующихъ теорій права опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ, не разрѣшаетъ удовлетворительно и въ полномъ объемѣ вопроса о юридическомъ основаніи права опроверженія.

2) Существующія теоріи права опроверженія раздѣляются на двѣ группы. Къ первой группѣ относятся теоріи, которыя основываются на толкованіи внутренней стороны опровергаемаго юридическаго акта. Ко второй группѣ относятся теоріи, которыя базируются на предположеніи о вещномъ правѣ кредиторовъ на имущество должника.

3) Въ судебно-залоговой теоріи права опроверженія проф. А. Х. Гольмстена наблюдается явное смѣшеніе двухъ началъ—начала consilium fraudis съ началомъ вещнаго права кредиторовъ на имущество должника.

4) Право опроверженія имѣетъ преимущественное значеніе въ конкурсномъ процессѣ.

5) Конкурсное и внѣконкурсное право опроверженія имѣетъ одно и то же юридическое основаніе, именно недобросовѣстность должника и третьяго лица.

6) Искъ о признаніи недѣйствительнымъ юридическаго акта, совершеннаго должникомъ во вредъ кредиторамъ, по существу своему одинаковъ при конкурсномъ и внѣконкурсномъ порядкѣ опроверженія дѣйствій должника (ст. 17 и 23 уст. гр. суд.).

7) Необходимымъ основнымъ условіемъ для всѣхъ безъ исключенія случаевъ опроверженія является нанесеніе кредиторамъ

имущественнаго вреда (eventus damni), которое выражается въ возникновеніи или увеличеніи неоплатности должника (гр. рѣш. 75/101, 76/581, 77/285, 80/105, 83/21 и др.).

8) Eventus damni необходимо разсматривать какъ послѣдствіе недобросовѣстной сдѣлки должника и третьяго лица, но не какъ самостоятельное основаніе для возникновенія права опроверженія.

9) Подъ consilium или conscientia fraudis необходимо разумѣть какъ прямое намѣреніе причинить вредъ кредиторамъ (ст. 1529 п. 2 т. X ч. 1), такъ и сознаніе вредныхъ для кредиторовъ послѣдствій совершаемой сдѣлки.

10) Система римскаго гражданскаго права, какъ и господствующія въ наше время системы частнаго гражданскаго права, содержатъ въ основѣ своей юридическое предположеніе (praesumptio juris) о правѣ каждаго правоспособнаго лица,—о правѣ должника и третьяго лица,—совершать всѣ дозволенныя закономъ юридическія дѣйствія, хотя бы пользованіе своимъ правомъ причиняло вредъ другимъ лицамъ: qui suo jure utitur, nemini facit injuriam (ст. 1528, 1539 т. X п. 1, гр. рѣш. 88/3, 90/117).

11) По отношенію ко всѣмъ безъ исключенія юридическимъ дѣйствіямъ правоспособнаго лица имѣетъ полную силу основное правило римскаго гражданскаго права: fraus omnia corrumpit.

12) Въ виду презумпціи о правѣ каждаго правоспособнаго лица совершать юридическія дѣйствія, дозволенныя закономъ, обязанность доказать наличность consilium fraudis въ сдѣлкѣ должника съ третьимъ лицомъ съ точки зрѣнія частнаго гражданскаго права лежитъ всецѣло на кредиторахъ (гр. рѣш. 1878 г. № 5 по д. Парусинова; ст. 460 и 461 уст. суд. торг. изд. 1903 г.).

13) Отступленія отъ начала consilium fraudis въ сдѣлкахъ должника съ третьимъ лицомъ въ законодательствѣ (ст. 570 т. X ч. 1, ст. 460 уст. торг. суд., ст. 1166, 2092, 2093 Code Napoléon; ст. 2 зак. о привилегіяхъ и ипотекахъ 1825 года для Царства Польскаго) и отчасти въ судебной практикѣ вызываются потребностями соціальной жизни, требованіями юридическаго порядка, интересами всего общества, превалирующими предъ интересами отдѣльнаго лица.

14) Установленіе особаго вещнаго права кредиторовъ на имущество должника составляетъ начало, діаметрально противоположное началу римскаго гражданскаго права, выраженному въ правилѣ

qui suo jure utitur, nemini facit injuriam. Вопросъ о формулировкѣ этого права относится къ области вопросовъ de lege ferenda и можетъ быть разрѣшенъ только на почвѣ того права новѣйшей формаціи, въ основу котораго должна быть положена, вмѣсто неограниченной власти отдѣльнаго лица въ сферѣ регулированія имущественныхъ интересовъ, организованная воля всего общества или тѣхъ или другихъ общественныхъ группъ.

15) При установленіи особаго вещнаго права кредиторовъ на имущество должника, какъ основного юридическаго начала, въ основу права опроверженія кредиторами юридическихъ актовъ должника должно быть положено юридическое предположеніе (praesumptio juris) о недобросовѣстности должника и третьяго лица, причемъ для дѣйствительности права опроверженія достаточно одного сознанія причиняемаго вреда (consilium fraudis въ тѣсномъ смыслѣ): onus probandi добросовѣстности сдѣлки, т. е. отсутствія сознанія причиняемаго вреда, возлагается въ такомъ случаѣ всецѣло на должника и третье лицо.

16) Съ точки зрѣнія начала consilium fraudis искъ о недѣйствительности сдѣлки должника и третьяго лица (actio Pauliana) есть личный искъ (actio in personam); съ точки же зрѣнія начала вещнаго права кредиторовъ на имущество должника этотъ искъ долженъ разсматриваться какъ вещный искъ (actio in rem).

17) Опроверженію подлежатъ не только положительныя дѣйствія должника и третьяго лица, но и отказъ должника отъ своихъ правъ въ пользу третьяго лица и во вредъ кредиторамъ (ст. 1547, 1255 т. X ч. 1; ст. 1166 Улож. о нак.; гр. рѣш. 1884 г. № 50 по д. бар. Корфа).

18) При опроверженіи актовъ безвозмездныхъ, т. е. актовъ даренія, а также сдѣлокъ фиктивныхъ и мнимыхъ, при которыхъ контрагентомъ должника въ дѣйствительности не получается никакого эквивалента, какъ и при актахъ даренія, создается praesumptio juris относительно недобросовѣстности должника и третьяго лица.

19) Отвѣтственность правопреемниковъ третьяго лица опредѣляется по тѣмъ же началамъ, что и отвѣтственность третьяго лица.

Докладчикъ *В. Г. Федоровъ* изложилъ слѣдующее:

Прежде чѣмъ приступить къ изложенію своего доклада, считаю нужнымъ въ самыхъ общихъ чертахъ, не приводя своихъ главныхъ аргументовъ, познакомить Юридическое Общество съ тѣмъ методомъ разсужденій, которымъ я оперирую въ своемъ докладѣ, и который позволитъ произвести наиболѣе полный и плодотворный анализъ сложнаго вопроса о правѣ кредиторовъ опровергать юридическіе акты должника, совершенные въ ихъ ущербъ.

Право, юриспруденція, какъ квинтъ-эссенція всѣхъ общественныхъ наукъ, съ одной стороны, есть математически опредѣленный, формальный методъ мышленія и въ то же время—научная система.

Проблема справедливости ни что иное, какъ проблема построенія научной системы права или научной, логически непоколебимой, соціологической системы. Съ точки зрѣнія научной соціологіи, научной системы права, истина совершенно тождественна съ понятіемъ справедливости.

Въ конечномъ счетѣ мы имѣемъ единую науку—логику, которая поистинѣ является „наукой наукъ“. Основаніе логики—понятіе о положительномъ и отрицательномъ („да“ и „нѣтъ“), т. е. способность различенія, основанная на понятіяхъ сходства или несходства, равенства или неравенства. Основныя науки—1) математика, 2) механика, 3) физика, 4) химія, 5) біологія и 6) соціологія.

На каждую изъ основныхъ наукъ распространяется общій научный методъ, т. е. противоположеніе двухъ началъ, свойственныхъ той или другой основной наукѣ. Изъ философовъ надо признать величайшимъ умомъ Гегеля съ его философской системой. Методъ его философскихъ разсужденій логически совершенно правильный. Будучи геніальнымъ философомъ, взявъ съ самаго начала вѣрнѣйшій путь къ открытію истины, къ разрѣшенію проблемы справедливости, онъ, переходя отъ такъ называемыхъ точныхъ, положительныхъ наукъ къ исторіи человѣчества, въ философіи права и религіи невольно совершилъ колоссальную логическую ошибку. Именно, прежде чѣмъ говорить объ обществѣ и пытаться создать научную систему общественной философіи, слѣдовало предварительно выяснить два основныхъ соціологическихъ начала, какъ въ математикѣ такими основными началами являются „плюсъ“ и „минусъ“, въ механикѣ „прямое движеніе“ и „обратное движеніе“, въ физикѣ „дѣйствіе“ и „противодѣйствіе“ и т. д. Оперируя вполнѣ опредѣленными двумя соціологическими началами, совершенно отвлеченными и противопо-

ложными другъ другу, если только правильно опредѣлить эти начала, можно создать научную систему соціологіи. Гегель этого не сдѣлалъ и заблудился въ дебряхъ своей философіи, дойдя въ общественной философіи и политикѣ до принципіальнаго оправданія существующей дѣйствительности, всяческаго status quo.

Научная соціологія есть научная юриспруденція, научная система права. Право, какъ уже выше сказано, есть прежде всего формальный методъ мышленія, матеріалъ же для построенія научной системы права мы получаемъ путемъ безконечно разнообразныхъ логическихъ операцій надъ двумя основными соціологическими началами. Въ наукѣ до сихъ поръ идетъ борьба между представителями позитивизма и метафизической философіи, въ особенности же это касается области общественныхъ наукъ и, въ частности, юриспруденціи. Позитивисты относясь къ метафизикамъ нерѣдко съ крайнимъ пренебреженіемъ, поспѣшили устроить торжественныя, но преждевременныя похороны старой школѣ естественнаго права и безапелляціонно заявляютъ, что только позитивное направленіе, позитивный методъ дадутъ возможность создать истинную науку права. Но самое существованіе антагонизма между позитивизмомъ и метафизикой, самое противоположеніе положительнаго права праву естественному—не болѣе, какъ колоссальное недоразумѣніе. Индукція и дедукція преслѣдуютъ одну и ту же цѣль—открытіе истины. Почему, напримѣръ, среди ученыхъ математиковъ нѣтъ позитивистовъ и метафизиковъ? Научная юриспруденція или научная соціологія—та же математика или химія, гдѣ все основано на понятіи о положительныхъ и отрицательныхъ величинахъ: при помощи предлагаемаго метода самый сложный юридическій институтъ, то или другое явленіе общественной жизни, съ безчисленнымъ количествомъ историческихъ наслоеній, какъ сложныя химическія соединенія или математическія формулы, разлагаются на небольшое число простѣйшихъ элементовъ и становятся научно объяснимыми и понятными.

Право по своей формѣ есть ни что иное, какъ логическая проекція типическихъ соціальныхъ отношеній, по содержанію же своему право есть система дѣйствій, направленныхъ на удовлетвореніе потребностей. Мораль и экономика—только сырой матеріалъ, которымъ научная мысль должна пользоваться для возведенія стройнаго зданія научной юриспрудевціи или соціологіи. Генезисъ права—взаимодѣйствіе частнаго и публичнаго интересовъ. Понятіе о

частномъ и публичномъ интересѣ—основные постулаты, безъ которыхъ не мыслимо ни одно научное построеніе въ области права. Понятія эти вырабатываются индуктивнымъ путемъ, путемъ продолжительнаго историческаго опыта, путемъ критической оцѣнки. Вся система права строится на противоположеніи частнаго и публичнаго интереса, какъ логика основывается на „да" и „нѣтъ", математика—на „положительныхъ" и „отрицательныхъ" величинахъ, механика—на „прямомъ" и „обратномъ движеніи", физика—на „дѣйствіи" и „противодѣйствіи" и т. д. Необходимо различать, по О. Конту, чистую науку права и прикладную науку права, при чемъ чистая наука права раздѣляется на абстрактную науку права, устанавливающую общіе принципы и законы, и конкретную науку права, разсматривающую комплексъ типическихъ соціальныхъ (юридическихъ) отношеній. Соціологія, какъ наука, возникнетъ тогда, когда построена будетъ единая научная система права. Въ общихъ чертахъ эта наука строится съ помощью діалектическаго или функціональнаго метода, причемъ индукція имѣетъ примѣненіе при обработкѣ сырого матеріала — морали и экономики, дедукція же играетъ рѣшающую роль при построеніи, выражаясь математическимъ языкомъ, юридическихъ формулъ на основаніи установленныхъ индуктивнымъ путемъ постулатовъ. Діалектическій или, по терминологіи эмпиріо-критической теоріи познанія, функціональный методъ, въ примѣненіи къ юриспруденціи, состоитъ въ томъ, что въ каждомъ юридическомъ казусѣ, въ любомъ соціальномъ отношеніи, абстрагируются элементы частнаго публичнаго интереса, каковые нормативно противополагаются другъ другу, и затѣмъ, въ зависимости отъ постулата о превалированіи того или другого элемента въ данномъ соціальномъ отношеніи, вопросъ рѣшается въ пользу носителей частнаго или же публичнаго интереса.

Общепринятое дѣленіе юридическихъ сдѣлокъ на дѣйствительныя и недѣйствительныя, а недѣйствительныхъ, въ свою очередь, на оспариваемыя (rescissibilitas negotii) и ничтожныя (nullitas negotii) слѣдуетъ признать неправильнымъ и нецѣлесообразнымъ. Сдѣлки могутъ быть: дѣйствительныя (praesumptio juris et de jure о добросовѣстности сдѣлки); относительно дѣйствительныя (praesumptio juris о добросовѣстности сдѣлки), относительно недѣйствительныя (praesumptio juris о недобросовѣстности сдѣлки) и сдѣлки недѣйствительныя (praesumptio juris et de jure о недобросовѣстности сдѣлки). При

этомъ сдѣлки дѣйствительныя и недѣйствительныя (ничтожныя) свойственны статическому состоянію права, сдѣлки же относительно дѣйствительныя и относительно недѣйствительныя свойственны динамическому состоянію права. Praesumptiones juris—это тѣ рычаги, которые приводятъ въ движеніе весь логическій механизмъ права.

Далѣе, право необходимо разсматривать съ генетической и систематической точекъ зрѣнія. При генетическомъ разсмотрѣніи правовыхъ (соціальныхъ) явленій имѣетъ значеніе такъ называемое психологическое обоснованіе права (Л. І. Петражицкій). Систематическое же толкованіе права, т. е. юриспруденція въ собственномъ смыслѣ, не нуждается въ помощи индивидуальной психологіи для обоснованія права, выдвигая на первый планъ критическую мысль и всеобщую обязательность логическихъ силлогизмовъ: „внутренній авторитетъ“ права, „правовая связанность“ есть ничто иное, какъ универсальность логики, научной мысли, правильно построенныхъ силлогизмовъ, тотъ внутренній авторитетъ, благодаря которому всѣ одинаково признаютъ, что $2 \times 2 = 4$. Понятіе „соціальный“ и „юридическій“ одно и то же.

По Р. Штаммлеру, право есть формальный способъ внѣшняго регулированія соціальной жизни, т. е. совокупной дѣятельности людей, направленной на удовлетвореніе потребностей; право—форма соціальной жизни, экономика—содержаніе таковой. Къ такимъ положеніямъ Р. Штаммлеръ пришелъ интуитивнымъ путемъ. Въ общемъ нельзя не согласиться съ этими положеніями.

Въ ученіи объ actio Pauliana, о происхожденіи и классификаціи юридическихъ сдѣлокъ и т. д., возможно конкретно иллюстрировать выставляемые тезисы, въ то время, какъ Р. Штаммлеръ, витая въ мірѣ философско-правовыхъ идей, очень далекъ еще отъ практическаго примѣненія своихъ теоретическихъ взглядовъ къ систематическимъ построеніямъ. Я прихожу къ своимъ выводамъ путемъ индукціи и каждое свое положеніе могъ бы иллюстрировать безконечнымъ числомъ практическихъ примѣровъ изъ области цивилистики и криминалистики.

Въ ученіи о государствѣ весьма близко къ истинѣ подходитъ Леонъ Дюги, который совершенно отрицаетъ государство, государственную власть, какъ правовую категорію. И дѣйствительно, какъ государство, такъ и личность, научная мысль можетъ и должна разсматривать только какъ абстракціи, отвлеченныя понятія, о чемъ говоритъ и современная эмпиріо-критическая

теорія познанія: мы должны оставить міръ дѣйствительности въ покоѣ до тѣхъ поръ, пока не перейдемъ въ область прикладной науки, чистая же наука—ясное дѣло!—должна оперировать только понятіями, принципами, законами и гипотезами. Государство и личность—носители публичнаго и частнаго интересовъ. Наука права считается только съ логикой, съ ея велѣніями, съ ея авторитетомъ. Сила, принужденіе—элементы дѣйствительности, которые могутъ служить для права матеріаломъ, средствомъ, орудіемъ, но никакъ не должны подчинять себѣ право: подчиненіе права силѣ и принужденію есть чистѣйшее безправіе, прямое отрицаніе права.

Наука права, какъ соціологія, должна стоять выше всѣхъ другихъ основныхъ наукъ, такъ какъ всѣ остальныя науки, начиная съ математики и кончая біологіей, призваны служить соціальной жизни, право же должно руководить ею, направлять ее, какъ сознаніе человѣка руководитъ его дѣятельностью. Съ точки зрѣнія эволюціонной теоріи мысль человѣка, а тѣмъ болѣе право, какъ цѣльная логическая система, является наивысшимъ продуктомъ органическаго развитія міра и въ то же время есть одинъ изъ видовъ приспособленія человѣка къ окружающей средѣ. Право есть *истина* и право есть *справедливость*. Иначе говоря, право есть *правда* („правда—истина“ и „правда—справедливость“ Н. К. Михайловскаго).

Таковы основные, главные выводы, къ которымъ необходимо прійти въ результатѣ критическаго расмотрѣнія наиболѣе спорныхъ вопросовъ правовѣдѣнія.

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній обращаюсь непосредственно къ темѣ моего доклада.

Право опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ до объявленія несостоятельности,—принадлежитъ ли это право конкурсному управленію, присяжному попечителю или отдѣльнымъ кредиторамъ,—въ конкурсномъ процессѣ является основнымъ правомъ, которое должно обезпечивать, съ одной стороны, интересы участвующихъ въ дѣлѣ кредиторовъ, съ другой стороны должно гарантировать устойчивость и прочность частнаго и общественнаго кредита, этого жизненнаго нерва торгово-промышленной дѣятельности и всего экономическаго оборота. Всѣ положительныя законодательства, начиная съ эпохи римскаго права, вырабатывая тѣ или другія юридическія нормы, опредѣлявшія устройство конкурсныхъ учрежденій и порядокъ конкурснаго производства, неизбѣжно удѣляли значительную долю вниманія вопросу о правѣ опроверженія распоряженій и дѣйствій должника, совершенныхъ имъ до объявленія не-

состоятельности. И въ самомъ дѣлѣ, стремленіе положительныхъ законодательствъ выдвинуть въ данномъ случаѣ на первый планъ интересы кредиторовъ и создать для нихъ дѣйствительную, но не призрачную защиту, вызывается свойствами и особенностями того фактическаго состоянія, которое извѣстно подъ именемъ несостоятельности, прекращенія платежей, банкротства, краха, неоплатности долговъ или чрезмѣрной задолженности.

Надо признать совершенно исключительными и необычными тѣ случаи, когда лицо, чувствующее приближеніе подобной катастрофы и не имѣющее возможности предотвратить ее, чистосердечно сознается въ своей несостоятельности передъ кредиторами или судомъ. Напротивъ, всякій, попадая въ столь критическое положеніе, цѣлымъ рядомъ рискованныхъ мѣръ, которыя въ концѣ концовъ еще болѣе запутываютъ его дѣла, стремится поправить свои обстоятельства и снова прочно встать на ноги. „Заключается заемъ за чрезмѣрно большіе проценты, продаются товары за необыкновенно низкую цѣну, пускаются въ обращеніе комиссіоныя и сохранныя суммы. Однимъ словомъ, дѣлается все, чтобы не показать третьимъ лицамъ недостатка имущественныхъ средствъ, чтобы удовлетворить наиболѣе настойчивыхъ кредиторовъ, которые своимъ требованіемъ, крикомъ способны подорвать кредитъ“ (Шершеневичъ. Конкурсное право, 1898 г., стр. 260 и 261). Все это ведетъ, однако, къ тому, что должникъ вскорѣ объявляется несостоятельнымъ или входитъ съ своими кредиторами въ мировую сдѣлку, по которой онъ передаетъ послѣднее свое имущество въ пользу кредиторовъ для удовлетворенія въ нѣкоторой, иногда весьма незначительной, долѣ своихъ долговъ.

Но нерѣдко должникъ, предвидя неминуемое наступленіе несостоятельности и пренебрегая совершенно интересами своихъ кредиторовъ, начинаетъ заботиться только о томъ, чтобы, въ случаѣ объявленія несостоятельности, сохранить за собой ту часть имущества, которая остается у него послѣ его неудачныхъ операцій, и сохранить ее такими способами, которые неизбѣжно вызываютъ прямое нарушеніе имущественныхъ интересовъ кредиторовъ. Должникъ прибѣгаетъ къ заключенію всевозможныхъ фиктивныхъ сдѣлокъ съ родственниками и близкими лицами, предоставляя имъ право на значительную часть своего имущества или путемъ переукрѣпленія или допущеніемъ ихъ въ число своихъ кредиторовъ, и тѣмъ лишая дѣйствительныхъ кредиторовъ возможности получить удовлетвореніе по своимъ долговымъ требованіямъ. Иногда, впро-

*

чемъ, несостоятельность создается умышленно, съ той цѣлью, чтобы уменьшить общую сумму долговъ путемъ удовлетворенія кредиторовъ только въ части ихъ требованій.

Такимъ образомъ, до момента объявленія несостоятельности, должникомъ можетъ быть совершенъ цѣлый рядъ всевозможныхъ юридическихъ сдѣлокъ и дѣйствій, преслѣдующихъ ту или другую предосудительную цѣль и влекущихъ за собой нарушеніе интересовъ кредиторовъ. Поэтому положительныя законодательства съ полнымъ основаніемъ ставятъ извѣстныя ограниченія индивидуальной волѣ должника въ дѣлѣ распоряженія своимъ имуществомъ въ тотъ или другой періодъ времени, предшествующій объявленію несостоятельности, и предоставляютъ кредиторамъ или конкурснымъ учрежденіямъ право опровергать дѣйствія должника, совершенныя имъ до объявленія несостоятельности. Но, предоставляя такое право кредиторамъ и, такимъ образомъ, защищая интересы послѣднихъ, законодательства въ данномъ случаѣ сталкиваются съ требованіями и интересами третьихъ лицъ, являющихся нерѣдко вполнѣ добросовѣстными контрагентами должника по заключенію съ нимъ тѣхъ или другихъ юридическихъ сдѣлокъ. Третьи лица, не имѣя истиннаго понятія о положеніи цѣлъ должника, идутъ навстрѣчу выгоднымъ его предложеніямъ и вступаютъ съ нимъ въ тѣ или другія юридическія отношенія, не подозрѣвая того, что черезъ нѣсколько дней имъ доведется имѣть дѣло съ конкурснымъ управленіемъ, которое потребуетъ расторженія добросовѣстно заключенныхъ сдѣлокъ. Такихъ сдѣлокъ можетъ быть совершено должникомъ неограниченное количество. И не трудно представить, къ какимъ печальнымъ послѣдствіямъ должно повести уничтоженіе, по требованію конкурсныхъ учрежденій, юридической силы всѣхъ или большинства сдѣлокъ, совершенныхъ должникомъ въ тотъ или другой періодъ до объявленія несостоятельности. Весь гражданскій оборотъ былъ бы поставленъ въ невозможныя условія, если бы допустить господство такого порядка вещей. О прочности и устойчивости кредита не могло бы быть и рѣчи. Въ данномъ случаѣ, положительныя законодательства поставлены передъ нелегкой задачей—согласовать интересы и права кредиторовъ на имущество несостоятельнаго должника съ интересами общественнаго кредита и всего юридическаго порядка. И далеко не всѣ законодательства разрѣшили болѣе или менѣе удовлетворительно эту задачу. Въ русскомъ же законодательствѣ, вопросъ о правѣ опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ своимъ кредиторамъ до объявле-

нія несостоятельности, является въ полномъ смыслѣ слова „больнымъ мѣстомъ“.

Право опроверженія (Anfechtungsrecht) представляетъ собой требованіе, обращенное къ третьему лицу, о возвращеніи въ пользу кредитора или конкурсной массы той матеріальной цѣнности, которую это лицо получило отъ должника по сдѣлкѣ, совер-шенной во вредъ неудовлетворенныхъ кредиторовъ. Право опро верженія предоставляется отдѣльнымъ кредиторамъ или конкурснымъ учрежденіямъ, т. е. конкурсному попечителю, правленію или синдику. Въ основаніи этого права лежитъ предположеніе, что участвующіе въ дѣлѣ кредиторы не въ состояніи получить удовлетвореніе изъ наличнаго имущества должника. Законъ признаетъ цѣлый рядъ сдѣлокъ не абсолютно ничтожными, но недѣйствительными только въ отношеніи конкурсныхъ кредиторовъ. Такія сдѣлки вполнѣ сохраняютъ свою юридическую силу, если не опровергаются по иниціативѣ кредиторовъ, конкурснаго попечителя или конкурснаго управленія, и, во всякомъ случаѣ, такія сдѣлки навсегда остаются дѣйствительными въ отношеніи несостоятельнаго должника и третьихъ лицъ, добросовѣстно ихъ заключившихъ. Третьи лица сохраняютъ за собой право требованія къ несостоятельному должнику и имѣютъ возможность впослѣдствіи настаивать на удовлетвореніи со стороны должника изъ вновь образовавшагося имущества.

Таково, въ общихъ чертахъ, содержаніе права опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ своимъ кредиторамъ до объявленія несостоятельности.

Повидимому, нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что въ интересахъ какъ кредиторовъ, такъ и всего общества, полагать ограниченія единоличному усмотрѣнію должника въ распоряженіи его имуществомъ наканунѣ его юридической, формальной несостоятельности и признавать недѣйствительными по своимъ имущественнымъ послѣдствіямъ цѣлый рядъ сдѣлокъ, заключенныхъ должникомъ съ третьими лицами въ ущербъ своимъ кредиторамъ. Тѣмъ не менѣе здѣсь возникаетъ весьма трудный, почти неразрѣшимый вопросъ: гдѣ то юридическое основаніе, тотъ общепризнанный въ наукѣ права юридическій принципъ, въ силу котораго кредиторы или конкурсныя учрежденія вправѣ не признавать юридическихъ послѣдствій сдѣлокъ, законно совершенныхъ несостоятельнымъ должникомъ съ третьими лицами? При господствѣ индивидуализма въ гражданскомъ правѣ, характеризующаго всю область граждан-

ско-правовыхъ отношеній, представляется въ высшей степени затруднительнымъ найти достаточно прочное и вполнѣ устойчивое основаніе для согласованія противорѣчивыхъ интересовъ должника, кредиторовъ и третьихъ лицъ.

И въ самомъ дѣлѣ, въ силу какого безспорнаго юридическаго начала, напримѣръ, нѣкоторыя дѣйствія должника признаются недѣйствительными только въ тотъ или иной періодъ времени до объявленія несостоятельности? На какомъ основаніи нѣкоторыя сдѣлки, совершенныя должникомъ во вредъ кредиторамъ, признаются абсолютно ничтожными, другія же—недѣйствительными только по отношенію къ кредиторамъ? Въ какой мѣрѣ и при какихъ условіяхъ несутъ отвѣтственность за дѣйствія должника, направленныя въ ущербъ кредиторамъ, третьи лица, выступающія контрагентами должника? До какихъ предѣловъ простирается отвѣтственность правопреемниковъ третьяго лица передъ кредиторами, опровергающими сдѣлки должника? По какимъ началамъ третьи лица и ихъ правопреемники могутъ компенсировать нанесенный имъ должникомъ имущественный вредъ по признаніи опровергаемой сдѣлки недѣйствительной по отношенію къ кредиторамъ? Могутъ ли въ такихъ случаяхъ третьи лица или ихъ правопреемники принять одинаковое съ другими кредиторами участіе въ конкурсѣ надъ несостоятельнымъ должникомъ или должны получить удовлетвореніе по окончаніи конкурса изъ оставшагося имущества должника?

Положительныя законодательства, идя навстрѣчу требованіямъ жизни, даютъ то или другое разрѣшеніе всѣмъ этимъ сложнымъ и запутаннымъ вопросамъ. Мы не имѣемъ въ виду здѣсь русскаго законодательства, которое содержитъ болѣе чѣмъ недостаточное количество постановленій, притомъ весьма неудовлетворительныхъ, по вопросу о правѣ опроверженія дѣйствій должника, совершенныхъ въ ущербъ кредиторамъ. Въ большинствѣ случаевъ, однако, подъ постановленіями положительныхъ законодательствъ весьма трудно, если не невозможно, найти общепризнанное научное, строго юридическое основаніе. Тогда мы имѣемъ право говорить скорѣе всего объ основаніи чисто эмпирическомъ, о данныхъ историческаго опыта, о соображеніяхъ цѣлесообразности, которая, конечно, сама по себѣ не является юридическимъ принципомъ или правовой нормой.

Прежде чѣмъ излагать и оцѣнивать существующія теоріи по вопросу о правѣ опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ

въ ущербъ своимъ кредиторамъ, объ условіяхъ возникновенія и послѣдствіяхъ предъявленія вытекающаго изъ права опроверженія гражданскаго иска (actio Pauliana), необходимо замѣтить, что не столько въ наукѣ права, сколько въ положительномъ законодательствѣ и судебной практикѣ существуетъ значительное различіе между индивидуальнымъ или внѣконкурснымъ и конкурснымъ правомъ опроверженія. Такъ, напримѣръ, только внѣконкурсное право опроверженія предполагаетъ наличность требованія, обладающаго исполнительной силой, только оно можетъ быть осуществляемо отдѣльными кредиторами и т. д. Но въ виду того, что содержаніе права опроверженія и юридическая природа actio Pauliana при конкурсномъ и внѣконкурсномъ порядкѣ опроверженія остаются по существу неизмѣнными, то, при изложеніи своего предмета мы не будемъ придавать безусловно рѣшающаго значенія вопросу о томъ, въ какомъ порядкѣ—конкурсномъ или внѣконкурсномъ—совершается опроверженіе дѣйствій должника при посредствѣ actionis Paulianae. По крайней мѣрѣ, гражданскій искъ, извѣстный намъ подъ именемъ actio Pauliana, допускался законодательствомъ Юстиніана одинаково какъ при missio in bona, со стороны куратора въ качествѣ представителя кредиторовъ, такъ и независимо отъ missio in bona, со стороны отдѣльныхъ кредиторовъ (К. Малышевъ. Историческій очеркъ конкурснаго процесса. С.П.Б. 1871 г. стр. 46 и 47).

Переходимъ къ изложенію существующихъ въ научной юриспруденціи теорій о правѣ опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ своимъ кредиторамъ. Такихъ теорій нѣсколько: 1) деликтная теорія, выдвинутая въ свое время германскими юристами Отто, Шульце (Das Deutsche Concursrecht, 1880 г.) и Колеромъ (Lehrbuch des Concursrechts), съ послѣдующими поправками Шенемана и Корна; 2) quasi-деликтная теорія, представителемъ которой является Fitting (Das Reichsconcursrecht und Concursverfahren, 1883 г.); 3) теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ—Козака и Экціуса или, по терминологіи проф. Шершеневича, такъ называемая „легальная теорія“; 4) теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія Гартмана и Липпмана, поддерживаемая германской практической юриспруденціей; 5) французская залоговая теорія и, наконецъ, 6) судебно-залоговая теорія, выдвигаемая и защищаемая проф. А. Х. Гольмстеномъ.

Деликтная теорія, въ краткихъ словахъ, полагаетъ въ основаніе права опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ, наличность злого умысла, деликта со стороны должника

и третьяго лица, вступившаго въ ту или иную сдѣлку съ должникомъ. Третье лицо, по этой теоріи, заключая сдѣлку съ несостоятельнымъ должникомъ и получая изъ состава имущества послѣдняго ту или другую цѣнность, должно, согласно презумпціи (praesumptio juris) дѣйствовать злонамѣренно по соглашенію съ должникомъ, противъ интересовъ неудовлетворенныхъ кредиторовъ. Обязанность доказывать отсутствіе злого умысла при совершеніи сдѣлки должника, въ такомъ случаѣ, ложится на третье лицо.

Деликтная теорія, однако, не можетъ считаться удовлетворительной по многимъ соображеніямъ. Деликтная теорія не даетъ основаній для опроверженія безвозмездныхъ распоряженій несостоятельнаго должника. Злонамѣренность со стороны третьяго лица не оказываетъ никакого вліянія на опровержимость безвозмездной сдѣлки, которая является, по нормамъ положительнаго права, актомъ одностороннимъ въ смыслѣ установленія при несостоятельности должника его недобросовѣстности. Далѣе, при наличности деликта со стороны третьяго лица, слѣдовало бы говорить о вознагражденіи за причиненные вредъ и убытки, но въ дѣйствительности мы имѣемъ здѣсь дѣло съ возвращеніемъ полученной цѣнности.

Наконецъ, въ гражданскомъ правѣ, сдѣлки, основаніемъ которыхъ служитъ деликтъ, признаются безотносительно ничтожными, въ то время, какъ при опроверженіи дѣйствій несостоятельнаго должника совершенныя въ ущербъ кредиторамъ сдѣлки признаются недѣйствительными только по отношенію къ этимъ послѣднимъ.

Заслуживаетъ, между прочимъ, вниманія попытка распространенія деликтнаго принципа и на случай безмезднаго пріобрѣтенія въ ущербъ кредиторамъ, произведенная Шёнеманомъ и Корномъ съ цѣлью устраненія раздвоенности въ вопросѣ о деликтномъ основаніи права опроверженія дѣйствій должника. Шёнеманъ („Die Paulianische Clage etc.“) признаетъ, что съ того момента, какъ третье лицо, получившее цѣнность по безмездной сдѣлкѣ, узнаетъ, послѣ предъявленія къ нему иска или ранѣе, что оно обогатилось на счетъ другого и, слѣдовательно, пріобрѣтеніе его по отношенію къ кредиторамъ неправомѣрно, и, несмотря на это, оставляетъ пріобрѣтенное путемъ безмездной сдѣлки имущество у себя, лицо это должно считаться участникомъ совершеннаго должникомъ деликта. Третье лицо несетъ въ такомъ случаѣ отвѣтственность въ размѣрѣ неправомѣрнаго обогащенія. По мнѣнію же Корна („Anfechtung und Rechtshandlungen der Schuldner in und ausser dem Concurse“), если мы имѣемъ передъ собой объективно недозволенное дѣйствіе,

то, уже во имя справедливости, добросовѣстный соучастникъ этого дѣйствія долженъ возвратить пострадавшему имущество, пріобрѣтенное въ его ущербъ, насколько оно bona fides не потреблено и не истреблено (А. Х. Гольмстенъ. Ученіе о правѣ кредитора опровергать юридическіе акты и т. д. С.П.Б. 1894. Стр. 5 и 6).

Въ связи съ деликтной теоріей права опроверженія была выдвинута Фиттингомъ другая теорія, аналогичная первой,—теорія, которая полагаетъ въ основаніе права опроверженія не деликтъ, а quasi-деликтъ.

Quasi-деликтная теорія въ дѣйствіяхъ должника и третьяго лица не усматриваетъ прямого злого умысла, но разсматриваетъ ихъ подобно злонамѣреннымъ. Понятіе о quasi-деликтѣ, какъ и о quasi-договорѣ, совершенно не свойственно современному праву и потому нѣтъ никакой возможности при помощи его построить на болѣе или менѣе прочномъ основаніи теорію о правѣ опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ во вредъ кредиторамъ.

Теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ или, иначе, легальная теорія, въ общихъ чертахъ, состоитъ въ томъ, что законъ, требуя въ нѣкоторыхъ случаяхъ возвращенія третьимъ лицомъ полученной цѣнности въ пользу кредиторовъ и основывая такое требованіе на соображеніяхъ цѣлесообразности, создаетъ между различными претендентами на имущество несостоятельнаго должника, т. е. между конкурсными кредиторами, съ одной стороны, и третьими лицами съ другой, особое обязательственное отношеніе, которое есть ничто иное, какъ obligatio ex lege (отсюда легальная теорія).

Въ дальнѣйшемъ сторонники легальной теоріи расходятся. Козакъ возводитъ упомянутое обязательство въ общее, лежащее на всѣхъ пріобрѣтателяхъ имущества несостоятельнаго (фактически или юридически) лица, формулируя такимъ образомъ это общее обязательство: „всякое лицо, получающее что-либо изъ чужого имущества, обязано подчиниться невыгодамъ, связаннымъ не только съ вещными тягостями, лежащими на имуществѣ, но и съ общимъ назначеніемъ этого имущества служить предметомъ удовлетворенія личныхъ кредиторовъ его владѣльца; но, въ интересахъ гражданскаго оборота, это обязательство ограничивается тѣми случаями, въ которыхъ, по способу предоставленія имущества, по особымъ отношеніямъ лицъ, предоставляющаго и пріобрѣтающаго имущество, по извѣстности со стороны пріобрѣтателя критическаго положенія владѣльца и т. п., это обязательство не ложится слишкомъ большой

тяжестью на должника" (А. Гольмстенъ. Ученіе о правѣ кредитора опровергать юридич. акты etc. СПБ. 1894 года).

Экціусъ формулируетъ это обязательство ex lege нѣсколько иначе: „кредиторъ можетъ требовать возврата пріобрѣтеннаго третьимъ лицомъ имущества, такъ какъ оно разсматривается какъ неотчужденное; имущество должника, оказавшееся недостаточнымъ для удовлетворенія его кредиторовъ, во имя справедливости расширяется въ томъ смыслѣ, что отдѣльныя части его, какъ объекты взысканія, возвращаются въ составъ тѣхъ предметовъ, изъ коихъ кредиторъ можетъ получить удовлетвореніе по своимъ требованіямъ" (Ibid.).

Теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ или легальная теорія права опроверженія, съ точки зрѣнія научныхъ принциповъ права, не въ состояніи объяснить природу и свойства actio Pauliana и оправдать существованіе тѣхъ или другихъ положительныхъ законодательныхъ нормъ, къ помощи которыхъ безсильная, въ данномъ случаѣ, научная мысль прибѣгаетъ для конструированія самой названной теоріи. Съ другой стороны, если уже говорить о постановленіи закона, какъ объ источникѣ и основаніи для obligatio ex lege между кредиторами и третьими лицами, то необходимо имѣть въ виду, что законъ (lex) вообще, съ извѣстной точки зрѣнія, есть основаніе всѣхъ юридическихъ правъ и обязанностей, такъ какъ даже обязательства, возникающія изъ договора и изъ правонарушенія, въ концѣ концовъ, также основываются на постановленіи закона. Несмотря, однако, на несовершенство легальной теоріи права опроверженія и на отсутствіе въ ней строго научнаго основанія, она пользовалась до послѣдняго времени наибольшимъ распространеніемъ.

По теоріи исполнительной силы судебнаго рѣшенія, право опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ во вредъ своимъ кредиторамъ, и самая actio Pauliana являются только вспомогательнымъ средствомъ при приведеніи въ исполненіе судебнаго рѣшенія. Теорія эта не признаетъ никакого обязательственнаго отношенія между кредиторами и третьими лицами. Праву опроверженія придается вещный характеръ въ формѣ особаго вещнаго права.

Теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія базируется, главнымъ образомъ, на юридической фикціи, въ силу которой понятіе объ имуществѣ несостоятельнаго должника искусственнымъ образомъ расширяется, при чемъ нѣкоторыя вещи, состоявшія прежде въ имуществѣ должника, фиктивно считаются принадлежащими къ составу имущества несостоятельнаго должника.

Какъ мы видимъ, по существу излагаемая теорія — процессуальнаго характера и поставлена въ тѣснѣйшую связь съ исполненіемъ рѣшенія; искъ объ уничтоженіи акта, совершеннаго должникомъ, есть одна изъ стадій исполнительнаго процесса и, въ то же время, средство приведенія судебнаго рѣшенія въ исполненіе; право опроверженія, принадлежащее кредитору, не можетъ быть построено на какомъ-либо опредѣленномъ матеріально-правовомъ основаніи; цѣль его подготовить почву для взысканія путемъ возвращенія опредѣленной вещи въ число объектовъ взысканія, къ чему владѣлецъ вещи принуждается посредствомъ особой actio in rem. Гартманъ (Gesetz betreffend die Anfechtung etc. S. 20) видитъ въ правѣ кредитора опровергать акты должника двѣ стороны—положительную и отрицательную: послѣдняя заключается въ признаніи акта недѣйствительнымъ, первая—въ возвратѣ имущества отъ пріобрѣтателя его съ цѣлью исполненія рѣшенія путемъ взысканія.

Внутреннее основаніе отвѣтственности третьяго лица Гартманъ совершенно справедливо видитъ въ потребностяхъ экономическаго оборота и кредита; противъ третьяго лица, къ которому перешло по опровергаемому акту имущество несостоятельнаго должника, строится предположеніе, что должникъ, при извѣстныхъ условіяхъ, какъ бы продолжаетъ владѣть этимъ имуществомъ, въ силу чего, по отношенію къ послѣднему (имуществу), и примѣняется взысканіе; третье лицо, лишивъ кредитора возможности получить удовлетвореніе, само считается должникомъ, конечно, насколько оно лишило кредитора удовлетворенія и насколько пріобрѣло принадлежащее должнику имущество.

Противъ изложенной теоріи приводится очень много возраженій За отсутствіемъ какого-либо общепризнаннаго юридическаго принципа, не предполагаемаго, а дѣйствительно существующаго въ основаніи права опроверженія, теорія эта не въ состояніи провести вполнѣ опредѣленную грань между вещами, подлежащими возврату въ пользу кредиторовъ и той частью имущества должника, которая должна считаться потерянной навсегда для кредиторовъ. Теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія предполагаетъ, что вещь еще находится во владѣніи третьяго лица, между тѣмъ для опроверженія акта должника и третьяго лица этого вовсе не требуется.

По мнѣнію нѣкоторыхъ, теорія эта не объясняетъ также, почему къ отвѣтственности привлекается не самъ должникъ, а пріобрѣтатель имущества. Наконецъ, если приписывать праву опроверженія вещный характеръ, то, спрашивается, какъ можно объяснить

требованіе объ уплатѣ, вмѣсто утраченной вещи, денежной суммы, къ которому очень часто сводится право опроверженія.

Изъ всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами теорій ни одна въ полной мѣрѣ не удовлетворяетъ цѣли научнаго обоснованія права опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторамъ. Положительныя законодательства создаютъ свои нормы въ данномъ случаѣ на чисто эмпирическомъ основаніи, полагаясь на указанія продолжительнаго историческаго опыта. Знаменательный примѣръ компромисса между научной мыслью и требованіями практической жизни представляетъ взглядъ проф. Шершеневича на природу и существо права опроверженія въ конкурсномъ процессѣ. „Между конкурснымъ правленіемъ, охраняющимъ интересы кредиторовъ, съ одной стороны, несостоятельнымъ должникомъ и третьими лицами, его контрагентами, съ другой стороны, устанавливается обязательственное отношеніе, которое даетъ право требовать отъ нихъ возвращенія цѣнности. Виновникомъ ущерба является собственно самъ несостоятельный должникъ. Если не обращаются къ нему, а къ третьимъ лицамъ, такъ это потому, что они должны считаться соучастниками, которые связаны съ нимъ солидарной отвѣтственностью. А такъ какъ искъ не можетъ быть осуществленъ въ отношеніи должника, объявленнаго несостоятельнымъ, то онъ только и можетъ быть обращенъ къ третьимъ лицамъ". („Конкурсное право", 1898 г., стр. 268).

Въ непосредственной связи съ теоріей исполнительной силы судебнаго рѣшенія находится французская залоговая теорія, въ основаніи которой лежитъ положеніе, принятое французскимъ кодексомъ и поддерживаемое французскими цивилистами (Laurent, „Principes de droit civil", t. XVI), именно, что кредитору принадлежитъ вещное право на имущество должника. Главное возраженіе, которое обыкновенно приводится противъ теоріи исполнительной силы судебнаго рѣшенія, состоитъ, между прочимъ, въ томъ, что она придаетъ праву опроверженія вещный характеръ и иску, охраняющему это право, характеръ вещнаго иска. Споръ о природѣ римской actio Pauliana до сихъ поръ еще продолжаетъ волновать юридическій міръ Западной Европы, но громадное большинство ученыхъ рѣшительно высказалось въ пользу личнаго, но не вещнаго иска (Jean Acher, „De la nature de l'action Paulienne", въ „Revue trimestrielle de droit civil", 1908 г., (т. XXXIII).

Положеніе о вещномъ правѣ кредитора на имущество долж-

ника раздѣляется также изъ русскихъ юристовъ І. И. Карницкимъ („О правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки, заключенныя должникомъ съ третьими лицами" въ „Журн. Гр. и Уг. Пр." 1882 г., № 6).

Опираясь на ст. 2092, 2093 кодекса Наполеона и на ст. 2 закона о привилегіяхъ и ипотекахъ 1825 г. для Царства Польскаго, І. И. Карницкій выставляетъ общее положеніе, что „тотъ, кто принялъ на себя долгъ, тѣмъ самымъ ограничилъ себя до извѣстной степени въ свободномъ и безконтрольномъ распоряженіи своимъ имуществомъ, которое, черезъ самое принятіе должникомъ платежа, становится обезпеченіемъ удовлетворенія этой обязанности". Такое же начало, по мнѣнію І. И. Карницкаго, можетъ быть выведено изъ ст. 570 т. X ч. I, изъ которой логически вытекаетъ положеніе, что „тотъ, кто обязался, долженъ сохранить въ своемъ распоряженіи средства для удовлетворенія своему обязательству". Но, усиливаясь найти раціональное оправданіе праву кредиторовъ опровергать заключенныя должникомъ во вредъ ихъ сдѣлки, І. И. Карницкій не ограничивается только-что приведеннымъ положеніемъ, выдвигая и другое начало, выраженное въ ст. 1134, 1135 кодекса Наполеона и въ ст. 1539 т. X. ч. I, предписывающей изъяснять договоры по доброй совѣсти и намѣренію сторонъ. Если стороны злоумышленно стремились при заключеніи сдѣлки къ нарушенію правъ третьихъ лицъ, то въ такой сдѣлкѣ, конечно, отсутствуетъ добросовѣстность, предполагаемая въ юридическихъ отношеніяхъ: fraus omnia corrumpit.

Противъ залоговой французской теоріи А. Х. Гольмстеномъ приводятся слѣдующія возраженія. Теоріей этой создается новая форма залога, лишенная опредѣленнаго внутренняго содержанія и юридическаго значенія. Если бы кредиторъ дѣйствительно имѣлъ залоговое право на имущество должника, то послѣдній долженъ бы былъ быть ограниченнымъ въ правѣ распоряженія своимъ имуществомъ и каждый должникъ оказался бы лицомъ, ограниченнымъ въ своемъ правѣ собственности. Созданное теоріей залоговое право идетъ въ разрѣзъ съ общепринятымъ въ наукѣ права разграниченіемъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ, являясь по свой конструкціи овеществленнымъ обязательственнымъ правомъ, которое не находитъ себѣ опредѣленнаго мѣста въ системѣ гражданскаго права. Новое залоговое право, какъ право вещное, не имѣетъ подъ собой опредѣленнаго юридическаго основанія (титула): въ данномъ случаѣ договоръ оказывается непосредственнымъ источникомъ не

только обязательства, но и вещнаго права, каковымъ по существу своему онъ быть не можетъ. Наконецъ, наиболѣе вѣское возраженіе противъ французской залоговой теоріи состоитъ въ томъ, что теорія эта оставляетъ совершенно въ сторонѣ вопросъ объ имущественной отвѣтственности не должника-залогодателя, а третьяго лица, и, такимъ образомъ, здѣсь получается такое положеніе: должникъ нарушилъ право залога; необходимо ли признать третье лицо соучастникомъ нарушенія и, въ такомъ случаѣ, принять деликтную теорію со всѣми ея несовершенствами или слѣдуетъ допустить возможность самостоятельнаго нарушенія третьимъ лицомъ залоговаго права и предоставить кредитору actio hypothecaria, направленную непосредственно на спорную вещь, въ видѣ pignoris rei vindicatio, оставивъ въ сторонѣ вопросъ объ опроверженіи сдѣлки должника съ третьимъ лицомъ.

По мнѣнію А. Х. Гольмстена, теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія, въ связи съ которой находятся залоговыя теоріи права опроверженія, въ томъ видѣ, какъ она понимается и формулируется современной доктриной, не можетъ быть признана удовлетворительной. Исходную точку названной теоріи, состоящую въ томъ, что право кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ, есть вспомогательное средство взысканія, а осуществленіе этого права—не болѣе, какъ стадія процесса исполненія рѣшенія, А. Х. Гольмстенъ признаетъ совершенно правильной. По его мнѣнію, весь послѣдовательный рядъ дѣйствій по исполненію рѣшенія—наложеніе ареста или запрещенія на имущество, публичная продажа такового, врученіе взыскателю реализованной денежной суммы,—даетъ основаніе признать здѣсь существованіе особой формы залога, залога судебнаго. Основаніемъ права судебнаго залога является законъ, въ силу котораго право это устанавливается рѣшеніемъ суда по иску кредитора и осуществляется особыми исполнительными органами по просьбѣ взыскателя. Если имущество, долженствующее служить объектомъ взысканія, находится во владѣніи третьяго лица, то это не мѣшаетъ осуществленію права залога (судебнаго)—имущество подлежитъ аресту и отбирается отъ него. По установленіи права судебнаго залога должникъ не имѣетъ права отчуждать имущество или отказываться отъ права на него. Актъ, совершенный должникомъ съ цѣлью отчужденія имущества до установленія права судебнаго залога, признается, по общему правилу, дѣйствительнымъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ (?) онъ подлежитъ опроверженію. На вопросъ о томъ, какія здѣсь основанія права опроверженія взыска-

телемъ акта должника, А. Х. Гольмстенъ даетъ слѣдующій отвѣтъ: основаніемъ права опроверженія, въ данномъ случаѣ, является нарушеніе должникомъ права судебнаго залога, принадлежащаго взыскателю.

Конечно, здѣсь, по мнѣнію А. Х. Гольмстена, мы имѣемъ дѣло съ юридической фикціей. Придавая обратную силу праву судебнаго залога, отъ момента его установленія къ моменту совершенія опровергаемаго акта, А. Х. Гольмстенъ считаетъ право судебнаго залога уже существующимъ въ моментъ совершенія акта и самый актъ совершеннымъ въ нарушеніе этого права. Аргументы, приводимые А. Х. Гольмстеномъ въ пользу подобной фикціи, не отличаются однако большой убѣдительностью. Но фикція эта, по его мнѣнію, во-первыхъ, находитъ свое оправданіе въ фактѣ существованія у взыскателя права уничтожить актъ: должникъ какъ бы въ наказаніе (?) за злонамѣренное дѣйствіе, имъ совершенное, становится въ положеніе лица, надъ которымъ уже тяготѣетъ судебный залогъ, до формальнаго установленія права судебнаго залога. Во-вторыхъ, фикція эта создаетъ возможность произвести юридическій анализъ даннаго права по аналогіи съ правомъ судебнаго залога. Въ третьихъ, для уясненія права кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ, не разъ прибѣгали къ фикціи (?) въ смыслѣ приданія извѣстному положенію обратной силы, такъ что пріемъ этотъ оказывается уже испытаннымъ; съ особенной пользой и убѣдительностью онъ примѣненъ Баромъ и Колеромъ въ случаѣ опроверженія актовъ, совершенныхъ несостоятельнымъ должникомъ. (А. Х. Гольмстенъ. Ученіе о правѣ кредитора опровергать юридическіе акты и т. д. С.П.Б. 1894 г. Стр. 33 и 34).

При всемъ томъ А. Х. Гольмстенъ, допуская вышеназванную фикцію, въ противоположность французской залоговой теоріи, не признаетъ права судебнаго залога въ лицѣ кредитора, а только въ лицѣ взыскателя, какъ такового.

Въ сравненіи съ французской залоговой теоріей (Лоранъ и др.), теорія права судебнаго залога, по мнѣнію А. Х. Гольмстена, имѣетъ слѣдующія преимущества: во 1-хъ, она имѣетъ въ виду залоговое право вполнѣ опредѣленнаго содержанія и юридическаго значенія; во 2-хъ, названной теоріей не создается новое право смѣшаннаго типа—полувещное, полуобязательственное; въ 3-хъ, право судебнаго залога имѣетъ вполнѣ опредѣленное основаніе—судебное рѣшеніе, сила котораго направлена ретроактивно; въ 4-хъ, судебно-залоговая теорія не оставляетъ открытымъ вопроса объ основаніяхъ

отвѣтственности третьяго лица, не только должника; въ 5-хъ, при существованіи кредиторовъ по залогу, установленному ранѣе дѣйствительнаго судебнаго залога, старшинство предоставляется первымъ кредиторамъ, т. е. взыскателямъ по закладнымъ, и т. д.

Актъ, совершенный должникомъ, долженъ быть уничтоженъ, такъ какъ имъ нарушено судебно-залоговое право. Для этой цѣли кредитору дается искъ. Споръ о томъ, есть-ли искъ объ уничтоженіи акта вещный или личный, съ точки зрѣнія судебно-залоговой теоріи права опроверженія, необходимо признать безусловно праздными. По общему правилу, искъ со стороны кредитора долженъ быть вещнымъ—actio in rem, но въ судебномъ залогѣ мы находимъ примѣненіе института неформальной imploratio officii judicis, которой и охраняется судебно-залоговое право. При дѣйствительномъ правѣ судебнаго залога, т. е. при исполненіи судебнаго рѣшенія, нѣтъ мѣста никакому иску и все сводится къ безспорнымъ дѣйствіямъ исполнительнаго органа по принудительному взысканію. При фингированномъ правѣ судебнаго залога, въ случаѣ его нарушенія, также предоставляется заинтересованному лицу подать просьбу imploratio officii judicis, но она возможна только послѣ уничтоженія акта, въ силу котораго вещь перешла къ третьему лицу, для чего необходимо обратиться въ судъ съ особымъ искомъ; при этомъ, если совершенный должникомъ актъ направленъ in fraudem creditoris, судомъ фингируется право судебнаго залога и актъ признается недѣйствительнымъ, послѣ чего исполнительный органъ удовлетворяетъ imploratio и, такимъ образомъ, вещь возвращается въ число объектовъ взысканія. Самый искъ объ уничтоженіи акта не можетъ быть actio in rem, не имѣя непосредственнаго отношенія къ вещи, а касаясь только акта, совершеннаго по поводу вещи. Посредствомъ imploratio вещь возвращается въ число объектовъ взысканія, въ то время, какъ actio in rem имѣетъ цѣлью включеніе вещи непосредственно въ составъ имущества истца. Искъ объ уничтоженіи акта имѣетъ особый, совершенно исключительный характеръ. Искъ этотъ есть искъ о признаніи акта недѣйствительнымъ, но недѣйствительность акта, въ данномъ случаѣ, является относительной въ томъ смыслѣ, что актъ ничтоженъ только по отношенію къ кредиторамъ; для остальныхъ лицъ, имѣющихъ отношеніе къ акту, не исключая и контрагентовъ должника, актъ сохраняетъ свою полную силу.

Противъ кого же предъявляется искъ объ уничтоженіи акта—противъ должника или противъ третьяго лица, къ которому перешло

имущество должника по опровергаемому акту? И теорія, и законодательства признаютъ противникомъ кредитора третье лицо, въ пользу котораго совершенъ актъ должникомъ. Поставленный вопросъ довольно просто разрѣшается съ точки зрѣнія судебно-залоговой теоріи, предлагаемой А. Х. Гольмстеномъ и различающей искъ объ уничтоженіи акта отъ imploratio officii judicis. Просьба въ смыслѣ imploratio можетъ быть направлена только противъ того лица, въ составѣ имущества котораго находится имущество должника. Посему и самый искъ объ уничтоженіи акта долженъ быть предъявленъ къ тому же лицу по слѣдующимъ основаніямъ.

Институтъ права опроверженія дѣйствій должника долженъ быть, внѣ всякаго сомнѣнія, установленъ въ интересахъ кредиторовъ. Но, 1) для кредиторовъ удобнѣе соединять два требованія, imploratio и искъ объ уничтоженіи акта, направляя ихъ противъ одного и того же лица, 2) такое соединеніе и выгоднѣе для кредиторовъ: непосредственное предъявленіе иска къ третьему лицу лишаетъ послѣдняго возможности принять мѣры къ сокрытію своего имущества, для чего онъ имѣлъ бы достаточно времени въ томъ случаѣ, если бы искъ былъ предъявленъ первоначально не къ нему, а къ самому должнику.

Въ дальнѣйшемъ я не буду излагать ученія А. Х. Гольмстена о возникновеніи, движеніи, измѣненіи, охраненіи и прекращеніи права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, такъ какъ въ такомъ случаѣ пришлось бы главнымъ образомъ вести рѣчь о примѣненіи, по методу проф. Бюлова, общихъ нормъ матеріальнаго и процессуальнаго права къ отдѣльному правовому институту, праву судебнаго залога, получающему обратную силу по опроверженіи неправомѣрнаго акта должника. Непремѣннымъ условіемъ, сопутствующимъ праву опроверженія кредиторомъ актовъ должника, по теоріи А. Х. Гольмстена, является conscientia fraudis со стороны послѣдняго во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ—при возмездныхъ и безмездныхъ актахъ, т. е. или прямое намѣреніе должника причинить ущербъ кредиторамъ путемъ совершенія опровергаемаго акта или, по крайней мѣрѣ, сознаніе вредныхъ для кредиторовъ послѣдствій отъ совершенія даннаго акта (conscientia fraudis въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ). Что же касается размѣровъ отвѣтственности третьяго лица, то опредѣленіе таковыхъ находится въ непосредственной зависимости отъ разрѣшенія вопроса о томъ, является ли третье лицо по отношенію къ спорному имуществу владѣльцемъ bonae fidei или malae fidei.

Во второмъ случаѣ третье лицо отвѣчаетъ при наличности съ его стороны conscientia fraudis—не только въ предѣлахъ неправомѣрнаго обогащенія (quatenus locupletior factus est), но несетъ отвѣтственность предъ кредиторами также за причиненные вредъ и убытки.

Такова въ общихъ чертахъ теорія права опроверженія дѣйствій должника, предлагаемая проф. А. Х. Гольмстеномъ. Практическое неудобство судебно-залоговой теоріи, по собственному признанію А. Х. Гольмстена, состоитъ въ томъ, что при существующихъ недостаткахъ въ процессѣ исполненія и при отсутствіи необходимой самостоятельности у исполнительныхъ органовъ, неформальная imploratio officii judicis возможна только въ формѣ иска: судъ постановляетъ подробное рѣшеніе, которое и приводится въ исполненіе въ установленномъ порядкѣ.

На этомъ мы закончимъ краткое обозрѣніе существующихъ теорій права опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ.

Всѣ эти теоріи условно можно раздѣлить на двѣ основныя группы. Къ первой группѣ необходимо отнести теоріи, которыя при обоснованіи права кредитора опровергать юридическіе акты должника, главнымъ образомъ, обращаются къ толкованію внутренняго содержанія юридическихъ отношеній между должникомъ и третьимъ лицомъ, съ одной стороны, и кредиторами, съ другой стороны, и опредѣляютъ отвѣтственность третьяго лица и послѣдующихъ пріобрѣтателей въ зависимости отъ прямого намѣренія со стороны заключившихъ опровергаемую сдѣлку лицъ причинить вредъ кредиторамъ (dolus и eventus damni). Таковы деликтная теорія, quasi-деликтная и легальная теорія или теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ. Ко второй группѣ слѣдуетъ причислить тѣ теоріи, которыя устанавливаютъ право кредиторовъ на имущество должника въ формѣ особаго вещнаго права, близкаго по существу къ праву залога, безотносительно къ вопросу о внутреннемъ и скрытомъ содержаніи сдѣлки должника съ третьимъ лицомъ, совершенной во вредъ кредиторамъ. Сюда относятся теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія и французская залоговая теорія. Что касается судебно-залоговой теоріи проф. А. Х. Гольмстена, то, по своему внѣшнему построенію, въ основныхъ чертахъ, она должна войти во вторую группу, такъ какъ эта теорія устанавливаетъ для кредиторовъ особое вещное право на имущество должника — право судебнаго залога, но по существу, по своему содержанію,

должна быть отнесена въ первой группѣ въ виду того, что осуществленіе права опроверженія эта теорія ставитъ въ зависимость отъ доказательства намѣренія со стороны должника причинить вредъ кредиторамъ.

Какъ въ законодательствѣ, такъ и въ судебной практикѣ по вопросу о правѣ кредитора опровергать акты должника, совершенные въ его, кредитора, ущербъ, до сихъ поръ рѣшающее значеніе имѣли и продолжаютъ имѣть два момента—наличность злого умысла (consilium fraudis) и причиненіе вреда кредитору (eventus damni), вреда, понимаемаго въ смыслѣ возникновенія или увеличенія неоплатности должника. Въ римскомъ правѣ (Dig. XLII, 8, quae in fraudem creditorum, — 6, пер. § 11, 9, 10, 14 и пр. — ib. XXII, 1, 38, Paul. 4) подъ названіемъ actio Pauliana мы имѣемъ дѣло съ правомъ кредиторовъ опровергать всякія сдѣлки должника, совершенныя in fraudem creditorum (consilium fraudis) съ нанесеніемъ дѣйствительнаго вреда кредиторамъ (eventus damni). Actio Pauliana предоставлялась кредитору только противъ должника и лицъ, участвовавшихъ въ недобросовѣстномъ дѣйствіи, благодаря которому уменьшалось его имущество, а также противъ лицъ, хотя и не знавшихъ о зломъ умыслѣ должника, но получившихъ отъ него тѣ или иныя имущественныя цѣнности безвозмездно.

Въ основѣ индивидуалистической системы римскаго гражданскаго права, какъ извѣстно, лежитъ принципъ: qui suo jure utitur nemini facit injuriam, то-есть каждый можетъ пользоваться своимъ правомъ, даже и въ томъ случаѣ, если это пользованіе законнымъ правомъ соединено съ причиненіемъ другому имущественнаго вреда, такъ какъ никто, преслѣдуя свои собственныя выгоды при совершеніи тѣхъ или другихъ юридическихъ дѣйствій, не обязанъ заботиться объ интересахъ постороннихъ лицъ. Но, если подъ видомъ пользованія своимъ правомъ со стороны должника, передающаго свое имущество по сдѣлкѣ третьему лицу, умышленно наносится вредъ кредиторамъ, такая сдѣлка должна считаться недѣйствительной съ того момента, какъ только будетъ доказана недобросовѣстность, злой умыселъ, гражданскій обманъ (in fraudem creditorem) какъ со стороны должника, такъ и со стороны третьяго лица. При этомъ, относительно безмездныхъ сдѣлокъ, создается законное предположеніе (praesumptio juris et de jure) о ихъ безусловной недобросовѣстности, устраняющее для кредиторовъ обязанность доказыванія наличности злого умысла.

На случай растраты своего имущества должникомъ въ обманъ

кредиторовъ, преторское законодательство, какъ болѣе жизненное и дѣлесообразное, предоставляло кредиторамъ особыя, болѣе дѣйствительныя средства судебной защиты (fraudatorium interdictum и actio in factum) противъ самого должника и третьихъ лицъ. Постановленія преторскаго эдикта были развиты юриспруденціей и вошли въ законодательство Юстиніана. Различіе между actio Pauliana и fraudatorium interdictum было только процессуальное; послѣдній имѣлъ своей задачей принудить отвѣтчика къ добровольному исполненію своихъ обязательствъ. Actio in factum есть искъ распространенный и установленъ съ цѣлью защитить право кредиторовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда трудно доказать намѣренный обманъ кредиторовъ со стороны должника. Необходимымъ условіемъ поворотныхъ исковъ служитъ растрата имущества (deminutio patrimonii) должникомъ путемъ какого-либо положительнаго дѣйствія или упущенія. Растрата должна послѣдовать fraudationis causa, т.-е. съ намѣреніемъ нанести ущербъ кредиторамъ. Такое намѣреніе предполагается со стороны должника, если онъ отчуждаетъ все свое имущество. Третьи лица, контрагенты должника, отвѣчаютъ въ различномъ объемѣ въ зависимости отъ того, была имъ извѣстна скрытая цѣль сдѣлки или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ третье лицо обязано вознаградить кредиторовъ за всѣ вредныя послѣдствія сдѣлки. Оно должно возвратить пріобрѣтенныя вещи или, въ случаѣ ихъ утраты, уплатить ихъ стоимость, возвратить плоды и доходы, которые имъ получены или могли быть получены. Но такая полная отвѣтственность ограничивается годичнымъ срокомъ, по истеченіи котораго кредиторы могутъ требовать только то, что осталось у посторонняго пріобрѣтателя изъ имущества должника. Въ такомъ размѣрѣ actio in factum предъявляется и противъ наслѣдниковъ третьяго лица, а также и противъ самого пріобрѣтателя, если ему не было извѣстно о намѣреніи должника нанести ущербъ кредиторамъ (Dig. XLII, 8; Cod. VII, 75).

Средневѣковое итальянское право въ вопросѣ о правѣ опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ, представляетъ почти полную противоположность римскому праву съ его actio Pauliana. Возвращенію въ составъ конкурсной массы подвергалось все имущество, отчужденное должникомъ за опредѣленный періодъ времени передъ открытіемъ несостоятельности—отъ 10 дней до 6 мѣсяцевъ, по статутамъ различныхъ городовъ. Законъ безъ всякаго исключенія предполагалъ такія отчужденія недобросовѣстными и признавалъ ихъ недѣйствительными

Вмѣстѣ съ тѣмъ, независимо отъ установленнаго срока, акты, совершенные должникомъ съ вѣдома пріобрѣтателя о несостоятельности своего контрагента, признавались недѣйствительными по просьбѣ кредиторовъ.

Всѣ отчужденія, совершенныя должникомъ, скрывшимся отъ кредиторовъ, считались недобросовѣстными со стороны пріобрѣтателей и подлежали повороту въ пользу конкурсныхъ кредиторовъ. Въ отличіе отъ римскаго права, которое въ данномъ вопросѣ стояло на чисто субъективной точкѣ зрѣнія, выдвигая на первый планъ начало consilium fraudis, итальянскіе статуты обратились въ исключительно объективной точкѣ зрѣнія, создавая законодательныя нормы о недѣйствительности тѣхъ или другихъ юридическихъ актовъ должника въ зависимости отъ опредѣленныхъ, чисто внѣшнихъ условій.

Въ послѣдующемъ историческомъ ходѣ развитія института права опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ, на протяженіи многихъ вѣковъ, вплоть до нашего времени, наблюдается одно и тоже весьма характерное явленіе. Положительныя законодательства, съ одной стороны, подъ вліяніемъ рецепціи римскаго права съ его крайнимъ индивидуализмомъ, съ другой стороны, въ виду требованій становившагося все болѣе и болѣе сложнымъ торгово-промышленнаго оборота и въ интересахъ болѣе устойчиваго юридическаго порядка, придерживались въ вопросѣ о правѣ опроверженія юридическихъ актовъ должника или постановленій законодательства Юстиніана, съ незначительными отступленіями отъ конструкціи римской actio Pauliana, или самымъ рѣшительнымъ образомъ, подобно итальянскому средневѣковому праву, выставляли чисто объективные признаки для обоснованія права опроверженія актовъ должника, совершенныхъ въ ущербъ кредиторовъ.

Въ Германіи, до рецепціи римскаго права, въ большинствѣ государствъ и городовъ господствовала система опроверженія дѣйствій должника, аналогичная по своимъ особенностямъ системѣ средневѣкового итальянскаго права.

Но, съ рецепціей римскаго права, положенія національнаго права Германіи отступили передъ римской actio Pauliana, „которая долгое время сохраняла силу, пока новѣйшія германскія законодательства, подчиняясь требованію оборота и слѣдуя примѣру французскаго образца, не измѣняли ее постепенно все болѣе и болѣе. Германскій конкурсный уставъ выработалъ самостоятельную

систему опроверженія". (Шершеневичъ, Конкурсное право, стр. 273). Австрійское право до 16 марта 1884 года не содержало положеній, спеціально касавшихся опроверженія кредиторами юридическихъ актовъ должника, и ссылалось по этому вопросу на общіе гражданскіе законы, которые предоставляли кредиторамъ только actio Pauliana *).

Общей чертой, характеризующей всѣ существующія въ данное время въ законодательствѣ системы опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ, слѣдуетъ признать то, что онѣ, съ одной стороны, допускаютъ дѣйствіе римской actio Pauliana по отношенію къ актамъ должника, совершеннымъ до обнаруженія фактической его несостоятельности, т. е. въ періодъ, предшествующій прекращенію платежей, и, съ другой стороны, содержатъ спеціальныя постановленія по вопросу объ опроверженіи той или другой вполнѣ опредѣленной категоріи юридическихъ сдѣлокъ должника съ третьими лицами въ періодъ, слѣдующій за прекращеніемъ платежей и до объявленія несостоятельности, равно какъ и въ періодъ конкурснаго производства, въ теченіе котораго, по общему правилу, несостоятельный должникъ лишается права распоряженія и управленія своимъ имуществомъ.

Таковы системы французская, германская, итальянская и англо-саксонская (Великобританія и Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты).

Русское законодательство въ вопросѣ объ объявленіи несостоятельности различаетъ только два періода—до открытія конкурснаго производства и послѣ объявленія несостоятельности, и поэтому, не дѣлая различія между моментомъ обнаруженія фактической несостоятельности и моментомъ открытія конкурса, совершенно не разработало систему опроверженія кредиторами юридическихъ актовъ должника.

При созданіи тѣхъ или другихъ постановленій по вопросу о правѣ опроверженія кредиторами юридическихъ актовъ должника, всѣ законодательства, не исключая и законодательства Юстиніана, неизбѣжно исходятъ изъ двухъ противоположныхъ одно другому началъ: во-первыхъ, изъ начала, выраженнаго въ общей нормѣ, лежащей въ основаніи всей индивидуалистической системы римскаго

---

*) Въ Австріи въ настоящее время дѣйствуетъ новый законъ (Anfechtungsgesetz), посвященный спеціально праву опроверженія (Anfechtungsrecht).

гражданскаго права—qui suo jure utitur, nemini facit injurium—съ примѣненіемъ къ нему, при опроверженіи юридическихъ дѣйствій правоспособнаго лица, начала consilium или conscientia fraudis; во-вторыхъ, изъ начала особаго вещнаго права кредиторовъ, не формулированнаго, но принципіально признаннаго закономъ и общечеловѣческой aequitas, права на имущество должника, предназначенное служить обезпеченіемъ требованій кредиторовъ.

Два вышеназванныя начала вполнѣ противоположны другъ другу въ томъ смыслѣ, что въ первомъ случаѣ должникъ имѣетъ совершенно безспорное, безусловное право на совершеніе всѣхъ дозволенныхъ закономъ дѣйствій и юридическихъ сдѣлокъ, за предѣлами той имущественной массы, которая должна въ принципѣ служить обезпеченіемъ исполненія его долговыхъ обязательствъ, въ то время, какъ во второмъ случаѣ, должникъ, въ принципѣ, за предѣлами имущественной массы, долженствующей служить обезпеченіемъ требованій кредиторовъ, не имѣетъ никакихъ правъ на совершеніе дозволенныхъ закономъ юридическихъ дѣйствій и сдѣлокъ.

Отдѣльныя законодательства, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и судебная практика, пытаются такъ или иначе формулировать особое вещное право кредиторовъ на имущество должника, съ цѣлью дать принципіальное оправданіе существованію спеціальныхъ законоположеній объ опроверженіи кредиторами юридическихъ актовъ должника. Таковы ст. 1166 франц. гражд. уложенія; ст. 2092 и 2093 того же уложенія; ст. 553 уст. суд. торг. (т. XI ч. II св. зак. изд. 1893 г.). Мотивы къ итальянскому торговому уложенію самое основаніе къ опроверженію дѣйствій, совершенныхъ несостоятельнымъ должникомъ до открытія конкурснаго производства, видятъ въ томъ, что „имущество несостоятельнаго должника, хотя и остается въ его рукахъ до объявленія несостоятельности, однако перестаетъ, въ силу факта прекращенія платежей, быть въ его свободномъ распоряженія“ (Masi, Del fallimento e della bancarotta, I, стр. 359) *). К. Малышевъ, излагая въ своемъ „Историческомъ очеркѣ конкурснаго процесса“ (1871 г.) сѣверо-американскіе законы о конкурсѣ и касаясь вопроса о правѣ опроверженія кредиторами юридическихъ сдѣлокъ должника съ третьими лицами, говоритъ о

*) См. Шершеневичъ. Конкурсное право. 1898 г.

скрытомъ правѣ кредиторовъ на стоимость имущества въ хозяйствѣ должника, соотвѣтствующую цѣнности, ввѣренной должнику, и о формальномъ правѣ собственности должника на свое хозяйство (по терминологіи проф. К. Малышева). Говоря о началѣ cessio bonorum въ примѣненіи къ сѣверо-американскимъ законамъ о конкурсѣ, К. Малышевъ замѣчаетъ, что бремя кредита лежитъ не на лицѣ, а на имущественной почвѣ хозяйства: „должникъ имѣетъ право выбыть изъ хозяйственной сферы, и тогда открывается процессъ превращенія долговыхъ правъ на цѣнность имущества въ непосредственныя вещныя права на это имущество, личность же должника, уступившаго имущество кредиторамъ, получаетъ освобожденіе и возможность основать своимъ трудомъ новое хозяйство". (К. Малышевъ, „Историческій очеркъ конкурснаго процесса", 1871 г. стр. 289). Такимъ образомъ конкурсное законодательство, основанное на началѣ cessio bonorum (въ противоположность началу missio in bona), представляетъ наиболѣе яркую и недвусмысленную иллюстрацію къ ученію объ особомъ вещномъ правѣ кредиторовъ на имущество должника въ процессѣ конкретнаго осуществленія этого особаго вещнаго права.

Вполнѣ естественно, что постановленія отдѣльныхъ законодательствъ объ особомъ вещномъ правѣ кредиторовъ на имущество должника, ведущія свое происхожденіе отъ Corpus juris civilis Юстиніана (преторское законодательство объ interdictum fraudatorium и actio in factum) не имѣютъ сами по себѣ непосредственнаго практическаго значенія и выражаютъ собой только опредѣленную законодательную тенденцію, опредѣленное правовое начало, которое находитъ примѣненіе въ спеціальныхъ постановленіяхъ конкурсныхъ законовъ о правѣ опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ, и вызывается къ жизни требованіями юридическаго порядка и общимъ признаніемъ идеи соціальной справедливости (aequitas).

Конкурсное законодательство, какъ особый видъ соціальнаго законодательства, при конструкціи права опроверженія кредиторами юридическихъ актовъ должника, основывается на томъ или другомъ изъ двухъ юридическихъ (законныхъ) предположеній. Именно, опроверженіе юридическихъ актовъ должника, совершенныхъ въ періодъ между обнаруженіемъ фактической несостоятельности (прекращеніе платежей) и открытіемъ конкурснаго производства, основывается на предполагаемой недобросовѣстности (prae-

sumptio juris) со стороны должника и третьяго лица: въ силу спеціальнаго постановленія закона, всѣ сдѣлки, совершенныя должникомъ въ этотъ подозрительный періодъ (tempus suspecte), считаются недобросовѣстными, а слѣдовательно и недѣйствительными, до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано заинтересованной стороной, т. е. должникомъ и третьимъ лицомъ.

Что же касается дѣйствій, совершенныхъ должникомъ послѣ открытія конкурснаго производства, то, въ виду лишенія должника права распоряженія и управленія его имуществомъ, въ силу также спеціальнаго постановленіи закона, опроверженіе такихъ дѣйствій должника основывается на предположеніи о безусловной недобросовѣстности со стороны должника и третьяго лица (praesumptio juris et de jure), въ силу каковой презумпціи сдѣлки должника съ третьими лицами, въ данномъ случаѣ, признаются абсолютно недѣйствительными или ничтожными. Въ первомъ случаѣ, т. е. при опроверженіи дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ подозрительный періодъ, должникъ и третье лицо могутъ доказывать отсутствіе сознанія причиняемаго кредиторамъ вреда вслѣдствіе незнанія о наступленіи, въ моментъ совершенія опровергаемой сдѣлки, фактической несостоятельности должника, напримѣръ, при какомъ-либо внезапномъ несчастіи (casus)—наводненіи, пожарѣ и т. п.,—когда это несчастіе произошло, положимъ, въ отсутствіе должника, владѣльца имущества, который, не зная о гибели части своего имущества, по тѣмъ или другимъ сдѣлкамъ съ третьими лицами, отчуждаетъ остальное имущество, предназначенное служить обезпеченіемъ долговыхъ требованій кредиторовъ. Если должникъ и третье лицо знали о наступленіи фактической несостоятельности и тѣмъ не менѣе вступили въ сдѣлку, то такая сдѣлка признается недѣйствительной въ виду относительной недобросовѣстности сторонъ, т. е. въ виду сознанія должникомъ и третьимъ лицомъ наносимаго кредиторамъ вреда (consilium или conscientia fraudis въ тѣсномъ смыслѣ): право опроверженія въ конкурсномъ процессѣ существуетъ прежде всего въ интересахъ кредиторовъ; въ этомъ и состоитъ raison d'être самого конкурснаго права.

Опроверженіе дѣйствій должника по началамъ общаго гражданскаго законодательства, именно въ тѣхъ случаяхъ, когда не имѣетъ мѣста стеченіе (concursus) нѣсколькихъ кредиторовъ, необходимое для открытія конкурснаго производства, т. е. внѣконкурсное право опроверженія, принимаетъ картину, діаметрально противоположную той, которая наблюдается при конкурсномъ по-

рядкѣ опроверженія дѣйствій должника, совершенныхъ въ ущербъ кредиторовъ. По отношенію ко всѣмъ юридическимъ актамъ должника, которые не сопровождаются нанесеніемъ вреда кредиторамъ (eventus damni) и въ которыхъ, слѣдовательно, отсутствуетъ гражданскій обманъ, прямое намѣреніе причинить ущербъ кредиторамъ, имѣетъ мѣсто юридическое предположеніе о безусловной добросовѣстности должника и третьяго лица (praesumptio juris et de jure) Такого рода сдѣлки должника съ третьими лицами признаются безусловно дѣйствительными. Далѣе, такъ какъ, согласно ранѣе установленнаго нами принципа, общее гражданское законодательство, въ противоположность конкурсному, существуетъ въ интересахъ должника, какъ правоспособнаго лица, которое можетъ совершать всѣ дозволенныя закономъ юридическія дѣйствія (qui suo jure. utitur nemini facit injuriam), то onus probandi недобросовѣстности должника и третьяго лица въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется на лицо нанесеніе вреда кредиторамъ, а, слѣдовательно, и возможность гражданскаго обмана, прямого намѣренія со стороны контрагентовъ причинить ущербъ кредиторамъ (fraus creditorum, consilium fraudis, conscientia fraudis), возлагается всецѣло на кредиторовъ: при такихъ сдѣлкахъ должника съ третьими лицами создается юридическое предположеніе объ относительной добросовѣстности контрагентовъ (praesumptio juris) и такія сдѣлки признаются дѣйствительными до тѣхъ поръ, пока заинтересованной стороной, т. е. кредиторами, не будетъ доказана недобросовѣстность со стороны должника и третьяго лица (consilium или conscientia fraudis въ обширномъ смыслѣ).

Въ то время, какъ конкурсный порядокъ опроверженія дѣйствій должника неизбѣжно предполагаетъ существованіе спеціальныхъ постановленій закона объ отвѣтственности должника и третьяго лица, о дѣйствительности или недѣйствительности тѣхъ или другихъ актовъ должника, общее гражданское законодательство можетъ и не содержать никакихъ постановленій по этому вопросу. Конкурсное законодательство, по отношенію къ общегражданскому, должно разсматриваться какъ спеціальное и къ нему вполнѣ примѣнимо правило: quae non sunt in actis non sunt in mundo.

Въ дѣлѣ опроверженія сдѣлокъ должника съ третьими лицами, общегражданское законодательство въ состояніи руководствоваться общими нормами гражданскаго права, каково, напримѣръ, положеніе о недѣйствительности всѣхъ вообще сдѣлокъ, направленныхъ къ противозаконной цѣли (въ данномъ случаѣ—умышленное нане-

сеніе вреда кредиторамъ). Нельзя не признать, что въ практическомъ отношеніи конкурсный порядокъ опроверженія имѣетъ за собой громадныя преимущества, и потому желательно, чтобы и общіе гражданскіе законы содержали спеціальныя постановленія по вопросу о правѣ опроверженія. Впрочемъ, рѣчь о распространеніи началъ конкурснаго процесса на всѣ безъ исключенія случаи опроверженія дѣйствій должника, направленныхъ въ ущербъ кредиторовъ, т. е. объ устраненіи на практикѣ различія между конкурснымъ и внѣконкурснымъ порядками опроверженія, будетъ вестись нами впереди. Въ частности, что касается односторонніхъ актовъ должника, каковы—отказъ отъ пріобрѣтенія, отреченіе отъ наслѣдства, уступка права, безвозмездное принятіе на себя обязательства или безвозмездное обремененіе своего имущества и т. д., — по вопросу объ опроверженіи подобныхъ актовъ должны существовать спеціальныя постановленія, какъ въ законахъ о конкурсѣ, такъ и въ общихъ гражданскихъ законахъ, какъ это въ дѣйствительности и наблюдается: законодатель создаетъ praesumptio juris о недобросовѣстности должника въ этихъ случаяхъ въ силу того простого соображенія, что для должника представляется несравненно болѣе достижимой возможность доказать отсутствіе сознанія причиняемаго вреда (conscientia fraudis въ тѣсномъ смыслѣ или условно понимаемое намѣреніе причинить ущербъ кредиторамъ), такъ какъ для этой цѣли достаточно одной ссылки, одного указанія на случайный фактъ (casus), т. е. на какое либо внезапное событіе — пожаръ, наводненіе и т. п. (см. выше), въ то время, какъ при существованіи praesumptio juris о добросовѣстности должника, кредиторы должны доказывать безусловное намѣреніе со стороны должника нанести имъ вредъ своими дѣйствіями (conscientia fraudis въ обширномъ смыслѣ), что на практикѣ является въ высшей степени затруднительнымъ, если не невозможнымъ. При молчаніи закона, т. е. при отсутствіи спеціальныхъ постановленій въ законѣ по данному вопросу, въ судебной практикѣ, подъ вліяніемъ ratio juris, создается praesumptio juris о недобросовѣстности подобныхъ дѣйствій должника, направленныхъ во вредъ кредиторамъ: дѣйствія эти по просьбѣ кредиторовъ признаются ничтожными, т. е. не имѣющими юридическихъ послѣдствій. Опроверженіе невыгодныхъ сдѣлокъ должника съ третьими лицами, какъ, напримѣръ, заемъ подъ чрезмѣрно большіе проценты, продажа товара за слишкомъ низкую цѣну, совершается по общимъ, выше изложеннымъ, началамъ.

Въ результатѣ произведеннаго нами юридическаго анализа права опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ своихъ кредиторовъ, мы имѣемъ вполнѣ опредѣленное и точное понятіе о слѣдующихъ четырехъ категоріяхъ сдѣлокъ: 1) сдѣлкахъ дѣйствительныхъ, 2) сдѣлкахъ относительно дѣйствительныхъ, 3) сдѣлкахъ относительно недѣйствительныхъ и 4) сдѣлкахъ недѣйствительныхъ (ничтожныхъ). Право опроверженія распространяется, какъ то видно изъ вышеизложеннаго, только на сдѣлки относительно дѣйствительныя и относительно недѣйствительныя, причемъ въ первомъ случаѣ, субъектами права опроверженія какъ такового, являются кредиторы или кредиторъ (praesumptio juris въ пользу должника и третьяго лица), во второмъ же случаѣ субъектами права опроверженія выступаютъ, mutatis mutandis должникъ и третье лицо (praesumptio juris въ пользу кредиторовъ). При сдѣлкахъ относительно дѣйствительныхъ, когда мы имѣемъ налицо презумпцію (praesumptio juris) въ пользу должника и третьяго лица, искъ о признаніи недѣйствительной данной сдѣлки есть личный искъ (actio in personam), такъ какъ въ основаніе этого иска кладется злой умыселъ должника и его контрагента (consilium fraudis). Во второмъ случаѣ, т. е. при сдѣлкахъ относительно недѣйствительныхъ, когда мы имѣемъ налицо презумпцію (praesumptio juris) въ пользу кредиторовъ, искъ о признаніи недѣйствительной передачи должникомъ своего имущества третьему лицу и о возвращеніи его въ пользу кредиторовъ, т. е. въ конкурсную массу, будетъ, безъ всякаго сомнѣнія, искомъ вещнымъ (actio in rem). Такимъ образомъ, историческій споръ о характерѣ actio Pauliana разрѣшается весьма удовлетворительно съ точки зрѣнія противоположенія индивидуальнаго интереса должника (частный интересъ) и особаго вещнаго права кредиторовъ на его имущество (публичный интересъ).

Внѣконкурсное право опроверженія должно потерять свой raison d'être послѣ того, какъ постановленія конкурсныхъ законовъ о фактической и формальной несостоятельности будутъ распространены на случаи индивидуальнаго опроверженія дѣйствій должника—по иниціативѣ и въ интересахъ даже и единственнаго кредитора, за которымъ, конечно, въ принципѣ невозможно, несправедливо было-бы отрицать особое вещное право на имущество должника. Кредиторъ имѣетъ несомнѣнное право настаивать передъ должникомъ на удовлетвореніи. Въ этомъ состоитъ его имущественный интересъ. Право кредитора было бы въ данномъ случаѣ звукомъ пустымъ,

если бы не было защищено закономъ. При господствѣ въ торгово-промышленной дѣятельности начала „коммерческой тайны", по существу граничащей нерѣдко съ consilium frandis creditorum, начала въ достаточной степени архаическаго и антисоціальнаго, обычныя средства защиты являются часто недостаточными. Предъявленіе иска по обязательству можетъ имѣть мѣсто только по истеченіи срока обязательства, но до истеченія срока можетъ наступить фактическая несостоятельность должника, который за короткое время въ состояніи совершить безконечное количество сдѣлокъ съ третьими лицами во вредъ своему кредитору, подъ прикрытіемъ „коммерческой тайны". Единоличный кредиторъ въ сравненіи съ конкурсными кредиторами совершенно несправедливо ставится здѣсь закономъ въ очень невыгодное положеніе, такъ какъ на немъ одномъ лежитъ onus probandi недобросовѣстности сдѣлокъ должника, въ то время, какъ при конкурсномъ порядкѣ опроверженія, недобросовѣстность дѣйствій должника, совершенныхъ въ ущербъ кредиторовъ, предполагается самимъ закономъ и доказательство добросовѣстности, т. е. отсутствія сознанія наносимаго вреда, переносится всецѣло на должника и его контрагента. Искъ о признаніи недѣйствительнымъ юридическаго акта должника, какъ при конкурсномъ, такъ и при внѣконкурсномъ порядкѣ опроверженія, имѣетъ одно и то же общепризнанное юридическое основаніе, именно нанесеніе кредитору или кредиторамъ имущественнаго вреда (eventus damni). Въ виду всего изложеннаго, нѣтъ, поэтому, никакого достаточнаго повода лишать отдѣльнаго кредитора преимуществъ конкурснаго производства, какъ соціальнаго средства защиты противъ недобросовѣстныхъ дѣйствій должника.

Все конкурсное законодательство, какъ и институтъ администраціи по дѣламъ торговымъ, въ качествѣ предупредительной мѣры соціальнаго свойства, по своей основной идеѣ, въ корнѣ подрываютъ тѣ начала, на которыхъ зиждутся господствующія системы гражданскаго права, и могутъ быть невыгодными только для недобросовѣстныхъ должниковъ. Конкурсное право, конструированное по системѣ, предлагаемой нами, должно содержать въ себѣ наибольшее количество элементовъ того права новѣйшей формаціи, которое идетъ на смѣну старымъ, антисоціальнымъ формамъ частно-правовыхъ отношеній и приближаетъ насъ къ господству соціальной справедливости въ сферѣ имущественныхъ интересовъ отдѣльныхъ лицъ и всего общества. Основнымъ лейтъ-мотивомъ соціальнаго законодательства вообще и, въ частности, законодательства о правѣ

опроверженія кредиторами юридическихъ актовъ должника, служитъ положеніе, что интересы общества, какъ цѣлаго, превалируютъ передъ интересами отдѣльнаго лица, какъ части. Индивидуалистическія системы гражданскаго права руководствуются правиломъ: fiat justitia, pereat mundus. Соціальное законодательство, защищая интересы всего общества противъ эгоистическихъ стремленій отдѣльнаго лица, должно выставить своимъ девизомъ: fiat justitia, pereat fraus.

По предлагаемой нами системѣ опроверженія дѣйствій должника, основанной на противоположеніи индивидуализма въ гражданскомъ правѣ началу соціальной справедливости (aequitas), иначе говоря — на противоположеніи частнаго и публичнаго интереса, отвѣтственность третьяго лица, контрагента должника, опредѣляется въ зависимости отъ дѣленія всѣхъ сдѣлокъ на четыре категоріи, т. е. сдѣлки дѣйствительныя (praesumptio juris et de jure о добросовѣстности контрагентовъ), сдѣлки относительно дѣйствительныя (praesumptio juris о добросовѣстности контрагентовъ), сдѣлки относительно недѣйствительныя (praesumptio juris о недобросовѣстности контрагентовъ) и сдѣлки недѣйствительныя или ничтожныя (praesumptio juris et de jure о недобросовѣстности контрагентовъ). Опровержимыми являются только сдѣлки относительно дѣйствительныя и относительно недѣйствительныя. При относительно дѣйствительныхъ сдѣлкахъ третье лицо, въ случаѣ доказанной наличности съ его стороны conscientia fraudis, отвѣчаетъ не только въ предѣлахъ незаконнаго обогащенія (quatenus locupletior factus est), но несетъ отвѣтственность передъ кредиторами также за причиненные незаконнымъ, недобросовѣстнымъ дѣяніемъ вредъ и убытки.

При сдѣлкахъ относительно недѣйствительныхъ, третье лицо отвѣчаетъ только въ предѣлахъ наличнаго обогащенія, но при доказанномъ незнаніи по законнымъ причинамъ (casus) о причиненіи его дѣйствіями вреда кредиторамъ, не долженъ нести никакой имущественной отвѣтственности: отсутствіе сознанія причиняемаго кредиторамъ вреда вызывается въ данномъ случаѣ простой случайностью. Правопреемники третьяго лица отвѣчаютъ по тѣмъ же началамъ, что и третье лицо: при сдѣлкахъ относительно дѣйствительныхъ, при доказанной кредиторами наличности гражданскаго обмана, они несутъ отвѣтственность какъ въ предѣлахъ незаконнаго обогащенія, такъ и за причиненные вредъ и убытки; при сдѣлкахъ относительно недѣйствительныхъ, правопреемники третьяго лица отвѣчаютъ только въ предѣлахъ незаконнаго обогащенія.

Возвращаясь къ разсмотрѣннымъ нами теоріямъ о правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки должника, необходимо, повидимому, согласиться съ мнѣніемъ проф. Шершеневича, „что одного основанія для всѣхъ случаевъ опроверженія найти нельзя“. И въ самомъ дѣлѣ, деликтная и quasi—деликтная теорія права опроверженія, примѣняя по аналогіи съ порядкомъ внѣконкурснаго опроверженія дѣйствій должника начало consilium fraudis къ случаямъ конкурснаго опроверженія, т. е. къ случаямъ опроверженія сдѣлокъ относительно недѣйствительныхъ, и выставляя praesumptio juris о недобросовѣстности должника и третьяго лица въ качествѣ единаго и общаго основанія для всѣхъ случаевъ опроверженія, впадаютъ въ неразрѣшимое противорѣчіе сами съ собой: praesumptio juris о добросовѣстности должника не въ состояніи объяснить случая опроверженія и самое существованіе категоріи относительно недѣйствительныхъ сдѣлокъ, т. е. тѣхъ сдѣлокъ должника съ третьими лицами, относительно которыхъ первоначально существуетъ praesumptio juris о ихъ недобросовѣстности. Легальная теорія или теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ, которая объясняетъ всѣ случаи опроверженія дѣйствій должника обязательствомъ, возникающимъ между третьимъ лицомъ и кредиторами въ силу самого закона (obligatio ex lege), и по поводу которой Липпманомъ было высказано мнѣніе, что именно этой теоріи принадлежитъ будущее, по моему мнѣнію, стоитъ на правильномъ пути, но не развиваетъ своихъ основныхъ положеній до ихъ логическаго конца и поэтому тоже не выясняетъ принципіальную сторону вопроса, не давая въ руки дѣятелямъ практической юриспруденціи руководящаго начала, которое могло бы вывести ихъ изъ неопредѣленнаго и нерѣшительнаго состоянія при разрѣшеніи всѣхъ безъ исключенія случаевъ опроверженія дѣйствій должника.

Теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія, разсматривающая actio Pauliana какъ вспомогательное средство при приведеніи въ исполненіе судебнаго рѣшенія, выросла на германской почвѣ: въ Германіи конкурсный процессъ развился непосредственно изъ судебной практики, именно изъ производства взысканій по судебнымъ рѣшеніямъ, что не могло сильно не отразиться на воззрѣніяхъ германскихъ юристовъ по вопросу о юридическомъ основаніи права опроверженія дѣйствій должника и, вмѣстѣ съ тѣмъ, на дѣятельности германскихъ судовъ. Въ этомъ смыслѣ небезполезнымъ представляется ознакомиться съ практикой бывшаго прусскаго оберъ-трибунала и германскаго рейхсгерихта (А. Х. Гольм-

стенъ, Право кредитора etc. Стр. 20 и 21). Теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія неправильна уже потому, что въ одномъ и томъ же правовомъ институтѣ допускаетъ смѣшеніе началъ процессуальнаго и матеріальнаго права, оставляя въ тѣни матеріально-правовое основаніе опроверженія дѣйствій должника и a priori рѣшая вопросъ объ этомъ основаніи въ пользу начала consilium fraudis. Французская залоговая теорія, задаваясь цѣлью найти единое основаніе для всѣхъ случаевъ опроверженія дѣйствій должника и распространяя начало вещнаго права кредиторовъ на имущество должника на тѣ случаи опроверженія, въ которыхъ рѣшающимъ моментомъ является наличность consilium fraudis, также впадаетъ во внутреннее противорѣчіе. Правилько, по нашему мнѣнію, поступаетъ І. И. Карницкій, отдѣляя начало consilium fraudis отъ начала вещнаго права кредиторовъ на имущество должника, но, къ сожалѣнію, изъ этого принципіальнаго раздѣленія онъ не дѣлаетъ тѣхъ общихъ выводовъ, которые позволили бы создать раціональную систему опроверженія дѣйствій должника. Проф. А. Х. Гольмстенъ, при построеніи судебно-залоговой теоріи права опроверженія, стремится, во всѣхъ случаяхъ опроверженія дѣйствій должника, совмѣстить два діаметрально противоположныхъ начала, лежащихъ въ основаніи права опроверженія. Не сліяніе этихъ двухъ началъ, но полное ихъ противоположеніе должно послужить прочнымъ фундаментомъ для построенія раціональной системы опроверженія кредиторами юридическихъ дѣйствій должника.

Въ заключеніе настоящаго этюда считаю необходимымъ сказать нѣсколько словъ по поводу терминологіи, которая должна быть тѣмъ точнѣе и опредѣленнѣе во всякомъ научномъ изслѣдованіи, чѣмъ ближе это изслѣдованіе къ открытію научной истины.

Обычное дѣленіе юридическихъ сдѣлокъ на дѣйствительныя и недѣйствительныя и послѣдующее дѣленіе недѣйствительныхъ сдѣлокъ на ничтожныя (nullitas negotii) и оспариваемыя (rescissibilitas negotii) представляется, съ нашей точки зрѣнія, неправильнымъ и нецѣлесообразнымъ. Термины „недѣйствительная сдѣлка“ и „ничтожная сдѣлка“ выражаютъ собой одно и то же понятіе. Какъ дѣйствительность, такъ и недѣйствительность юридической сдѣлки, можетъ быть или безусловной или относительной (условной). Оспариваемыя сдѣлки бываютъ двухъ родовъ: „относительно дѣйствительныя“ и „относительно недѣйствительныя“. Такова основная классификація юридическихъ сдѣлокъ.

Понятію „безусловной conscientia fraudis“ (т. е. понимаемой „въ обширномъ смыслѣ“) соотвѣтствуетъ болѣе общее понятіе о „dolus“, въ смыслѣ гражданскаго права. Понятію же „относительной conscientia fraudis“ (т. е. понимаемой „въ тѣсномъ смыслѣ“) соотвѣтствуетъ болѣе общее понятіе о „culpa“, въ смыслѣ гражданскаго права.

Право опроверженія различается не только по тому или другому основанію его, т. е. по безусловной или же относительной conscientia fraudis, но и по субъектамъ права опроверженія, такъ какъ въ первомъ случаѣ onus probandi недобросовѣстности сдѣлки лежитъ на кредиторахъ, во второмъ же случаѣ onus probandi добросовѣстности сдѣлки возлагается на должника и третье лицо. И, такимъ образомъ, возникаетъ понятіе о правѣ опроверженія со стороны кредиторовъ и о правѣ опроверженія со стороны должника и третьяго лица, т. е. о внѣконкурсномъ и конкурсномъ правѣ опроверженія.

По окончаніи доклада открылись пренія.

С. І. Добринъ сдѣлалъ слѣдующія замѣчанія. Въ началѣ доклада заявляется, что хотя въ нѣкоторыхъ подробностяхъ существуетъ различіе между правомъ оспариванія конкурснымъ и внѣконкурснымъ, но въ общемъ, право оспариванія единое, и съ этой именно точки зрѣнія докладчикъ дѣлаетъ свой разборъ существующихъ въ литературѣ теорій права оспариванія. Вторая половина доклада начинается съ заявленія, что право оспариванія конкурсное діаметрально противоположно оспариванію внѣконкурсному и снова дѣлается ревизія тѣхъ-же теорій уже для доказательства того, что ни одна изъ нихъ не можетъ удовлетворительно объяснить всѣхъ случаевъ, когда право оспариванія допускается. Однако, въ основу своей схемы докладчикъ кладетъ одинъ признакъ— недобросовѣстность, т. е. какъ будто бы примыкаетъ къ старой и вполнѣ опредѣленной теоріи деликтной. Неправильно, однако, самое противоположеніе, которое дѣлаетъ авторъ: конкурсное и внѣконкурсное право оспариванія. Противополагать или нѣтъ нужно право оспариванія сдѣлокъ заключенныхъ до появленія признаковъ несостоятельности и послѣ этого. Важно не то, кто оспариваетъ сдѣлку, а то, когда и при какихъ условіяхъ заключена оспариваемая сдѣлка. Если конкурсное

правленіе оспариваетъ сдѣлку, заключенную до появленія признаковъ несостоятельности, то права его не могутъ быть большими, чѣмъ права отдѣльнаго кредитора. Съ полной наглядностью это доказывается сопоставленіемъ германскаго закона объ оспариваніи 1879 г., съ германскимъ конкурснымъ уставомъ. Нормы, регулирующія право оспариванія сдѣлокъ, заключенныхъ до появленія признаковъ несостоятельности, въ обоихъ законодательныхъ источникахъ тождественно равны, хотя субъекты права оспариванія разные.

Въ дѣйствительности, правиленъ взглядъ докладчика, котораго онъ держится во второй части—единаго права оспариванія не существуетъ. Но и то нужно сдѣлать оговорку: не существуетъ теперь, но существовало когда-то. Въ правѣ римскомъ, въ основѣ права оспариванія лежалъ единый признакъ. Преторъ давалъ искъ только противъ такого третьяго лица, которое non ignoraver at consilium fraudis должника. Исключеній изъ того, что самъ должникъ долженъ имѣть это consilium fraudis, римское право никогда не знало. Эта деликтная точка зрѣнія сохранялась въ современномъ правѣ для оспариванія сдѣлокъ заключенныхъ до появленія признаковъ несостоятельности, но оспариваніе сдѣлокъ, заключенныхъ послѣ этого, построено вовсе не на предположеніяхъ добросовѣстности или недобросовѣстности.

Схема докладчика непонятна. Какъ догматическая, она и приблизительно не соотвѣтствуетъ тому, что существуетъ въ дѣйствительности, какъ правно-политическая—она совершенно голословна. Дѣленіе сдѣлокъ на ничтожныя, недѣйствительныя и дѣйствительныя имѣетъ общее значеніе и докладчикъ напрасно пріурочиваетъ его именно къ сдѣлкамъ оспариваемымъ потому, что они совершены во вредъ кредиторовъ.

С. Л. Бѣляцкинъ. Докладчикъ собралъ обильный матеріалъ и затронулъ много существенно-важныхъ вопросовъ, но основной вопросъ его доклада разсматривается съ такой высоты, которая едва ли соотвѣтствуетъ предмету изложенія. Указаніе докладчика на особыя соціальныя задачи, преслѣдуемыя институтомъ опроверженія недобросовѣстныхъ дѣйствій, не подкрѣплено никакими данными. Что касается вредоносныхъ дѣйствій вообще, то принципъ qui suo iure utitur и т. д. къ нимъ не примѣнимъ. Съ точки зрѣнія практической, важно установить такое начало, при которомъ вся-

кій случай недобросовѣстнаго отчужденія имущества въ ущербъ кредиторамъ вызвалъ бы соотвѣтствующее воздѣйствіе со стороны суда. Ученые цивилисты стараются дать теоретическое основаніе, на которомъ можно было бы построить институтъ опроверженія актовъ должника, совершенныхъ имъ въ ущербъ кредиторамъ, но ни одна изъ теорій, выдвинутыхъ учеными, не удовлетворяетъ въ достаточной мѣрѣ практическимъ нуждамъ, за исключеніемъ развѣ такъ называемой деликтной теоріи, которая усматриваетъ въ переукрѣпленіи должникомъ имущества, съ цѣлью избѣжанія платежа долговъ, неправомѣрное дѣяніе, обреченное на юридическую недѣйствительность, и которая указываетъ болѣе или менѣе правильный путь въ данномъ случаѣ. Что касается ученія, повидимому, раздѣляемаго и докладчикомъ, о вещномъ правѣ кредитора на имущество должника, то это ученіе совершенно не соотвѣтствуетъ сущности правъ кредитора, имѣющаго, по общему правилу, только обязательное право требованія. То, что кредиторъ, при неплатежѣ ему долга, вправѣ обратить взысканіе на имущество должника, не свидѣтельствуетъ о вещномъ правѣ кредитора. Нельзя выводить нормальный типъ явленій въ данной области, а между тѣмъ обращеніе взысканія на имущество, продажа этого имущества для удовлетворенія претензій и т. д., суть явленія именно патологическія. До судебнаго взысканія никакого касательства къ имуществу должника личный кредиторъ не имѣетъ и не можетъ воспрещать ему распоряжаться этимъ имуществомъ. Вмѣшательство кредитора въ имущественную сферу своего должника, если бы введено было въ правило, внесло бы безпорядокъ въ гражданскій оборотъ, такъ какъ пріобрѣтатель имущества долженъ былъ бы постоянно находиться подъ страхомъ возможности отнятія у него имущества кредиторами отчуждателя. Въ виду этого, и теорія судебнаго залога, хотя и съуживающая нѣсколько права кредитора въ томъ отношеніи, что вещное право его пріурочивается къ моменту обращенія судебнаго взысканія, оказывается также мало пригодной, перенося центръ тяжести на вещное притязаніе кредитора. Сторонники вещныхъ правъ кредитора идутъ, какъ извѣстно, такъ далеко, что предоставляютъ кредиторамъ оспаривать не только сдѣлки, клонящіяся къ ущербу кредиторовъ, но и такія, которыя недѣйствительны по внутреннему дефекту

воли, напр., вслѣдствіе обмана, ошибки, принужденія и т. д. При практическомъ примѣненіи права, въ большинствѣ случаевъ, оказывается совершенно достаточнымъ объясненіе права кредиторовъ оспаривать недобросовѣстныя сдѣлки должника деликтнымъ характеромъ этихъ сдѣлокъ. Такъ 2 пунктъ 1529 ст. X т. I ч. признаетъ недѣйствительными сдѣлки, клонящіяся къ подложному переукрѣпленію имущества должника во вредъ кредиторамъ. Какъ разъяснилъ Сенатъ, это правило слѣдуетъ толковать распространительно и примѣнять не только тогда, когда вредъ приносится кредитору, но и при наличности вреда другимъ лицамъ. Въ частности, Сенатъ указалъ, что и наслѣдники могутъ примѣнительно къ п. 2-му 1529 ст. X т. I ч. предъявить искъ о признаніи недѣйствительнымъ дарственнаго отчужденія подъ видомъ купчей на родовое имущество, совершенной наслѣдодателемъ при его жизни, въ обходъ интересовъ законныхъ наслѣдниковъ. Такимъ образомъ, вся сила опороченія акта усматривается именно въ его деликтномъ характерѣ. Нѣсколько сложнѣе вопросъ обстоитъ въ отношеніи безвозмездныхъ актовъ, такъ какъ для оспариванія подобныхъ актовъ нѣтъ надобности въ установленіи того, что недобросовѣстность была проявлена и на сторонѣ должника и на сторонѣ пріобрѣтателя, какъ въ сдѣлкахъ эквивалентныхъ, а достаточно доказать недобросовѣстность одного должника. Но и здѣсь, въ сущности, приходитъ на помощь презумпція освѣдомленности покупателя при возмездности сдѣлки. Такая презумпція, соотвѣтствуя большинству безвозмездныхъ сдѣлокъ должника, является предположеніемъ процессуальнаго характера, допускающимъ возможность доказыванія противнаго со стороны заинтересованныхъ лицъ. Докладчикъ, стоя на иной точкѣ зрѣнія въ вопросѣ оспариванія сдѣлокъ должника, находитъ, что въ случаѣ безвозмездныхъ сдѣлокъ въ пользу кредиторовъ существуетъ praesumptio iuris et de iure.

Этотъ взглядъ непріемлемъ ни на почвѣ дѣйствующаго права, ни de lege ferenda. По дѣйствующему закону, даже дарственные акты, совершенные на имя близкихъ родственниковъ должникомъ, впавшимъ затѣмъ въ несостоятельность, могутъ быть опровергаемы только при наличности опредѣленныхъ условій, а именно, при совершеніи этого акта въ тотъ моментъ, когда долги значительно превышали наличность иму-

щества должника и т. д. Говорить при такихъ условіяхъ, что нашему закону извѣстно неопровержимое предположеніе въ пользу кредиторовъ при безвозмездныхъ сдѣлкахъ должника, не приходится, и никакихъ указаній въ пользу такого неопровержимаго предположенія въ законѣ найти невозможно. На почвѣ будущаго законодательства такая презумпція juris et de iure, при безусловномъ ея примѣненіи, могла бы оказаться несправедливостью въ отношеніи добросовѣстнаго пріобрѣтателя, въ особенности при длинныхъ срокахъ, въ теченіе котораго проданное имущество можетъ быть отнято. Нельзя, объявивъ человѣка заранѣе недобросовѣстнымъ, не давать ему никакой возможности защищаться. Вообще, правильное разрѣшеніе вопроса объ опроверженіи актовъ недобросовѣстнаго должника возможно не путемъ установленія значительнаго числа партикулярныхъ нормъ, а больше всего и прежде всего цѣлесообразной постановкой нормъ о деликтахъ и quasi—деликтахъ. Правильное понятіе деликта и quasi—деликта можетъ охватить почти всѣ случаи „подложнаго“, какъ выражается нашъ законъ, переукрѣпленія имущества должника для избѣжанія платежа долговъ. Только для отдѣльныхъ случаевъ, напр., для случаевъ непринятія наслѣдства со стороны должника, нужны спеціальныя постановленія. Необходимо также дать судамъ по искамъ о признаніи недѣйствительными актовъ, совершенныхъ во вредъ кредиторамъ, опредѣленныя директивы для распредѣленія доказательствъ между сторонами.

В. М. Нечаевъ ограничился нѣсколькими замѣчаніями общаго характера; основнымъ положеніемъ доклада является противоположеніе интереса публичнаго частному интересу; авторъ доклада ошибочно полагаетъ, что современныя законодательства стоятъ на точкѣ зрѣнія исключительнаго или, по крайней мѣрѣ, подавляющаго господства частнаго интереса въ области частнаго гражданскаго права; новѣйшія ученія, а вмѣстѣ съ ними и новѣйшія законодательства, ушли отъ римскаго ученія. Не идя далеко за примѣрами, возьмемъ хотя бы пресловутую 226 ст. B. G. B., отвергающую право поступать in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise, хотя бы при этомъ лицо и не выходило изъ рамокъ своихъ правомочій. Вообще, въ законодательствахъ новѣйшей формаціи, ограниченіе частнаго интереса, во имя интересовъ публичнаго харак-

тера, встрѣчается на каждомъ шагу, и то примѣненіе этого принципа, которое дѣлаетъ авторъ въ своемъ докладѣ, не открываетъ вовсе новыхъ горизонтовъ въ трактуемомъ имъ вопросѣ. Неправильно также утвержденіе докладчика, что понятія о недѣйствительности и ничтожности сдѣлки являются тождественными; первая означаетъ относительную ничтожность сдѣлки, наступающую лишь по требованію заинтересованныхъ сторонъ, а вторая —есть ничтожность абсолютная, ни въ коемъ случаѣ не влекущая за собой какого-либо юридическаго эффекта.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ. Признавая въ докладѣ нѣсколько здоровыхъ мыслей, нельзя однако же не признать, что многіе, затронутые въ немъ вопросы, имѣющіе весьма важное значеніе, остались безъ надлежащаго освѣщенія. Основная мысль доклада заключается въ допущеніи вмѣшательства кредитора въ сферу автономной дѣятельности должника, на почвѣ котораго получается коллизія индивидуальнаго блага — свободы личности, съ одной стороны, и интереса публичнаго, съ другой. Но путь, избранный докладомъ, не разрѣшаетъ вопроса, и, въ частности, не даетъ надлежащаго критерія для опредѣленія тѣхъ границъ, до коихъ подобное вмѣшательство, во имя интереса публичнаго, могло бы быть допущено. Въ тезисахъ проходитъ красной нитью мысль о недѣйствительности сдѣлокъ при fraus, при недобросовѣстныхъ дѣйствіяхъ. Только при такихъ условіяхъ докладчикъ допускаетъ вмѣшательство кредитора въ сферу свободной дѣятельности должника до момента его неоплатности; только при такихъ условіяхъ возникаетъ, какъ думаетъ докладчикъ, какое-то вещное право на сторонѣ кредитора. Но что это за вещное право, которое возникаетъ только при fraus? Вся эта теорія вещнаго права, спотыкающаяся на fraus, несостоятельна и не выдерживаетъ ни малѣйшей критики съ точки зрѣнія установившагося понятія о вещномъ правѣ, какъ о правѣ абсолютномъ. Переходя, засимъ, отъ этого общаго положенія къ отдѣльнымъ пунктамъ доклада, нельзя не указать на совершенную неразработанность нѣкоторыхъ изъ нихъ; такъ тезисъ 9-й нуждается въ дальнѣйшемъ развитіи—ему въ докладѣ удѣлено весьма мало мѣста; а между тѣмъ онъ возбуждаетъ весьма сложные вопросы; къ тому же замѣчается противорѣчіе между тези-

сами 8 и 9. Пунктъ 13-й страдаетъ весьма неясной формулировкой; докладчикъ, говоря о допущеніи отступленій отъ начала consilium fraudis, вовсе не объясняетъ, въ чемъ эти отступленія выражаются, и тезисъ его, въ этомъ отношеніи, остался необоснованнымъ. Равнымъ образомъ несостоятельно и проводимое докладчикомъ различеніе actiones in rem и actiones in personam (пунктъ 16-й). Пункты 17 и 18 въ самомъ докладѣ вовсе не затрагиваются, и выдвинутые въ тезисахъ вопросы остались внѣ рамокъ самаго доклада. Въ общемъ, весь докладъ нуждается въ дальнѣйшей разработкѣ и, въ частности, въ большей обоснованности затронутыхъ въ тезисахъ вопросовъ.

Докладчикъ В. Г. Федоровъ сдѣлалъ слѣдующія возраженія. Первоначальная цѣль работы заключалась въ изслѣдованіи вопроса объ actio Pauliana въ теоріи, судебной практикѣ и законодательствахъ. Изучивъ съ этой цѣлью какъ теоретическіе, такъ и практическіе вопросы, докладчикъ пришелъ къ выводу о превалирующемъ значеніи въ изслѣдуемой области теоретической стороны и посему ограничился анализомъ положительныхъ законодательствъ въ той мѣрѣ, въ коей это было необходимо для теоретическаго изслѣдованія. Сдѣланный нѣкоторыми изъ оппонентовъ упрекъ въ недостаточной обработкѣ тезисовъ доклада не можетъ имъ быть признанъ правильнымъ, ибо тезисы являются логическимъ выводомъ развитыхъ въ докладѣ положеній и находятъ свое подтвержденіе въ томъ или другомъ мѣстѣ доклада. Въ то же время тезисы составляютъ программу для практической разработки вопросовъ, связанныхъ съ actio Pauliana.

Исходная точка зрѣнія современныхъ законодательствъ, это унаслѣдованный отъ римскаго права принципъ индивидуальности, въ частности, по отношенію къ ученію объ actio Pauliana, начало субъективное, но система гражданскаго права развивается въ направленіи отъ индивидуализма къ развитію элементовъ общественной солидарности, т. е. начала коллективизма. Эта тенденція нашла выраженіе въ принципѣ fraus corrumpit omnia. Принципъ этотъ, какъ правильно указалъ М. М. Винаверъ, является переломомъ въ области автономной сферы дѣятельности въ гражданскомъ правѣ и имѣетъ рѣшающее значеніе при опредѣленіи предѣловъ права кредиторовъ оспаривать сдѣлки должниковъ. Говоря о вещномъ правѣ кредитора на имущество должника,

докладчикъ имѣлъ въ виду изобразить это право не какъ нѣчто опредѣлившееся, въ законодательствахъ и теоріи, а какъ тенденцію; конкретное осуществленіе этого права кредиторовъ наблюдается въ конкурсномъ процессѣ. Косвенное подтвержденіе замѣченной выше тенденціи къ облеченію вещнымъ характеромъ правъ кредитора мы находимъ въ 570 ст. X т. ч. I. Возражавшій первымъ противъ доклада С. І. Добринъ, а засимъ также М. М. Винаверъ, указали на будто бы непослѣдовательность, выразившуюся въ установленіи противоположныхъ положеній въ тезисѣ 5-мъ, съ одной стороны, и въ докладѣ, съ другой. Съ точки зрѣнія М. М. Винавера такое противорѣчіе между докладомъ и тезисами содержится также и въ тезисахъ 8 и 9. Противорѣчіе заключается, по мнѣнію, оппонентовъ, въ томъ, что, съ одной стороны, признается единственнымъ основаніемъ для внѣ и внутри конкурснаго права опроверженія—недобросовѣстность; съ другой стороны, проводится въ докладѣ рѣзкая демаркаціонная линія между конкурснымъ и внѣконкурснымъ правомъ опроверженія, то придается праву опроверженія вещный характеръ, то, съ другой стороны выдвигается consilium fraudis. Дѣйствительно, докладчикъ поддерживаетъ согласно съ 5-мъ тезисомъ единое основаніе для права опроверженія въ конкурсномъ и внѣконкурсномъ порядкѣ, именно недобросовѣстность должника. Здѣсь слѣдуетъ различать, согласно тезису 9-му, недобросовѣстность безусловную и относительную, въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ слова. Первая устанавливаетъ презумпцію добросовѣстности въ пользу должника и третьяго лица, вторая же—презумпцію въ пользу кредитора. Въ первомъ случаѣ, право опроверженія носитъ личный, субъективный характеръ, во второмъ случаѣ, на первый планъ выступаетъ вещный, объективный характеръ права опроверженія. По вопросу о невыдержанности терминологіи actio in rem и actio in personam, о которой говорили нѣкоторые изъ оппонентовъ, докладчикъ объясняетъ, что при началѣ consilium fraudis, actio Pauliana будетъ actio in personam, при объективномъ же началѣ, при началѣ вещнаго права на имущество должника, искъ о возвращеніи имущества должника отъ третьяго лица въ пользу кредитора разсматривается какъ вещный искъ, actio in rem. Докладчикъ присоединяется къ высказанной двумя изъ оппонентовъ желательности введенія въ наше законодательство статьи,

аналогичной 226 статьѣ B. G. B. И другія законодательства содержатъ аналогичныя статьи, таковы напр. швейцарское, калифорнійское и новое австрійское Anfechtungsrecht. Дѣйствительно, необходимо различать осуществленіе права отъ злоупотребленій правомъ.

Всякая наука становится истинной наукой, когда она отъ различеній качественныхъ переходитъ къ различеніямъ количественнымъ. Въ данномъ случаѣ, этотъ принципъ примѣнимъ къ различіямъ интереса частнаго—одного лица, отъ интереса публичнаго—интереса многихъ. При анализѣ права опроверженія, къ моменту частнаго интереса, интереса кредитора, примѣшивается интересъ публичный, заключающійся въ сохраненіи кредита, въ соблюденіи требованій оборота; именно послѣдній принципъ, въ связи съ принципомъ fraus corrumpit omnia, и долженъ играть рѣшающую роль въ вопросѣ о предѣлахъ правъ кредитора на опроверженіе дѣйствій должника. Однимъ изъ оппонентовъ было сдѣлано указаніе, что нѣтъ единой теоріи опроверженія; повидимому, дѣйствительно, таковой нѣтъ. Въ заключеніе, докладчикъ замѣчаетъ, что законъ всеобщаго развитія, по принципу опредѣленнаго направленія, находитъ свое подтвержденіе въ развитіи права и развитіи обществъ. Это опредѣленное направленіе, по которому развитіе неуклонно движется, заключается въ постепенномъ переходѣ отъ принциповъ индивидуализма къ принципамъ общественности. По этому направленію идетъ и развитіе интересующаго насъ института. Докладъ имѣлъ цѣлью выяснить посильно этотъ міровой законъ въ примѣненіи къ отдѣльному институту частнаго гражданскаго права.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ выражаетъ отъ имени общества докладчику благодарность за докладъ, въ которомъ затронуты весьма важные вопросы. Докладчикъ заслуживаетъ тѣмъ большей благодарности, что рѣшился изъ далекаго уголка Россіи явиться сюда, въ Петербургъ, для того, чтобы подѣлиться мыслями съ членами юридическаго общества.

Засѣданіе закрыто въ $12^1/_4$ час. ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

20 мая 1911 года.

Засѣданіе открыто въ $8^{3}/_{4}$ час. веч. подъ предсѣдательствомъ товарища предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества *В. М. Нечаева.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ *А. Г. Гойхбарга*: „*О залогѣ движимости*".

По открытіи засѣданія слово предоставляется *докладчику Г. А. Гойхбаргу*, сообщившему слѣдующее:

Положенія доклада:

1) Современная конструкція заклада движимости, съ непремѣнной передачей владѣнія заложенной вещью, не гарантируетъ публичности заклада.

2) Въ цѣломъ рядѣ случаевъ передача владѣнія, помимо указаннаго, весьма не выгодна какъ для закладчика, такъ и для кредитора по залогу.

3) Отсюда возникаетъ проблема залога движимости съ оставленіемъ послѣдней во владѣніи закладчика, но съ обезпеченіемъ интересовъ третьихъ лицъ путемъ занесенія залоговаго акта въ публичный реестръ.

4) Однако, современныя западно-европейскія законодательства знаютъ, какъ общее правило, только ручной закладъ.

5) Исключеніемъ являются американскія законодательства, допускающія залогъ движимости безъ передачи владѣнія для опредѣленныхъ, весьма широкихъ, категорій движимости.

6) Во Франціи, по новелламъ 1898 г. и 1909 г., а также 1906 г., допускается залогъ торговыхъ предпріятій и сельскохозяйственныхъ продуктовъ безъ передачи ихъ во владѣніе кредитора по залогу.

7) Французская практика, конструируя торговое предпріятіе какъ невещественную движимость, и до закона 1898 г. склонялась къ допущенію заклада торговыхъ предпріятій безъ передачи владѣнія.

8) Наша судебная практика по вопросу о передачѣ владѣнія

при закладѣ движимости придерживается того взгляда, что одна непередача владѣнія не дѣлаетъ недѣйствительнымъ актъ заклада, и послѣдній сохраняетъ свою силу, какъ въ отношеніи между сторонами, такъ и противъ третьихъ лицъ, которыя, вступая въ сдѣлку съ закладчикомъ, знали о фактѣ заклада.

При выработкѣ нормъ, долженствующихъ регулировать существованіе и развитіе нормальнаго, здороваго, реальнаго кредита, въ частности мобиліарнаго кредита, приходится считаться съ разнообразными, переплетающимися, нерѣдко противорѣчивыми, интересами закладчиковъ, закладодержателей и третьихъ лицъ. Удовлетвореніе этихъ противоположныхъ интересовъ достигается различными путями. Въ цѣляхъ удовлетворенія интересовъ закладчиковъ устанавливаются формальности, долженствующія препятствовать легкомысленному закладу имущества, въ частности, требуется утрата владѣнія закладываемой вещью; въ цѣляхъ удовлетворенія ихъ же интересовъ воспрещается включеніе въ актъ заклада lex commissoria, воспрещеніе, ставящее преграду „эксплоатаціи нужды жадностью", по выраженію одного французскаго цивилиста. Ради удовлетворенія интересовъ закладодержателя требуется передача ему закладываемой вещи. Только при этомъ условіи онъ, говорятъ, можетъ быть обезпеченъ безусловно, только при этомъ условіи ему нечего опасаться распоряженій должника заложенной вещью, распоряженій, могущихъ клониться ко вреду его, закладодержателя. И, наконецъ, самое важное, въ удовлетвореніе интересовъ третьихъ лицъ требуется соблюденіе при закладѣ элемента публичности, гласности. Третьи лица, вступающія въ дѣловыя сношенія съ даннымъ должникомъ, должны имѣть возможность быть вполнѣ знакомыми съ вещными обремененіями, тяготѣющими на имуществѣ ихъ должника съ одной стороны, а съ другой—они должны быть увѣрены, что онъ не сможетъ заднимъ числомъ лишить ихъ возможности получить съ него удовлетвореніе по долгамъ, установивъ фиктивный закладъ на свое имущество. Съ этой цѣлью опять-таки требуется, помимо другихъ формальностей, передача закладываемыхъ вещей во владѣніе кредиторовъ по закладу, каковая передача, по почти всеобщему признанію, служитъ достаточнымъ условіемъ публичности заклада.

Мы позволяемъ себѣ, однако, утверждать, что передача владѣнія не играетъ такой огромной роли въ дѣлѣ соблюденія инте-

ресовъ и закладчика, и закладодержателя, и третьихъ лицъ. Мы позволяемъ себѣ утверждать, что передача владѣнія въ нѣкоторыхъ случаяхъ вредна, излишня и даже невозможна, а въ очень многихъ случаяхъ ея недостаточно для огражденія интересовъ соотвѣтствующихъ лицъ. Мы позволяемъ себѣ утверждать, что при той конструкціи заклада, какая усвоена большинствомъ современныхъ законодательствъ, элементъ публичности въ институтѣ заклада развитъ далеко недостаточно и что, несмотря на передачу владѣнія, требуемую почти всѣми современными законодательствами, закладъ остается тайнымъ, для третьихъ лицъ нераспознаваемымъ.

Остановимся прежде всего на послѣднемъ вопросѣ, а именно, насколько передачей владѣнія гарантируется публичный характеръ заклада, его распознаваемость для третьихъ лицъ. Чтобы обезпечить публичность заклада, владѣніе должно удовлетворять требованіямъ, высказаннымъ, напримѣръ, въ одномъ изъ рѣшеній французскаго кассаціоннаго суда: „Владѣніе должно быть фактомъ очевиднымъ, достаточно гласнымъ для того, чтобы предупредить третьихъ лицъ о томъ, что должникъ лишенъ владѣнія и что предметъ, отданный въ закладъ, пересталъ составлять часть его свободнаго актива“ [1]). Удовлетворяетъ ли такимъ требованіямъ обыкновенная передача вещи во владѣніе? Удовлетворяютъ ли такимъ требованіямъ различныя упрощенныя, такъ называемыя символическія передачи владѣнія? На вопросъ этотъ необходимо отвѣтить отрицательно.

Передача владѣнія не обезпечиваетъ гласности заклада, потому что третьимъ лицамъ трудно или даже невозможно убѣдиться въ томъ, что опредѣленныя движимыя вещи уже не находятся во владѣніи собственника. Это болѣе всего очевидно, когда мы имѣемъ дѣло съ драгоцѣнными вещами, обыкновенно хранящимися подъ замкомъ. Но и по отношенію къ обстановкѣ и мебели можно сказать то же самое. Третьи лица, желающія оказать личный кредитъ собственнику, не могутъ убѣдиться въ томъ, что ихъ должникъ утратилъ владѣніе. Мебель и обстановка не выставляются на показъ. Третьи лица должны были бы пройти по всему дому и по всѣмъ комнатамъ, чтобы убѣдиться въ томъ, какими вещами должникъ еще владѣетъ и какими онъ уже пересталъ владѣть. Но кто имъ дастъ такое право [2])? Эти же соображенія примѣнимы и къ инвен-

[1]) Arrêt, 29 décembre 1875 (Dalloz, Recueil periodique, 1876, I, 219)

[2]) Ср. Laurent, Avant projet de revision du Code Civil, т. 6. стр. 106.

тарю и къ машинамъ, находящимся въ опредѣленномъ имѣніи или на фабрикѣ.

Съ другой стороны, наличность указанныхъ вещей въ помѣщеніи должника еще не служитъ гарантіей того, что вещи эти продолжаютъ составлять „часть его свободнаго актива". Эти вещи могли быть отчуждены должникомъ при сохраненіи имъ за собою владѣнія вещами посредствомъ такъ называемаго constitutum possessorium, а по французскому праву просто путемъ договора.

Еще менѣе отвѣчаетъ требованію публичности, распознаваемости заклада, допускаемое въ германскомъ правѣ перенесеніе такъ называемаго посредственнаго владѣнія. Если собственникъ является только посредственнымъ владѣльцемъ вещи, сама же вещь находится въ непосредственномъ владѣніи нанимателя, ссудопринимателя или хранителя, то для установленія заклада на такую вещь достаточно перенести на кредитора по закладу одно посредственное владѣніе, что достигается уступкой ему требованія о выдачѣ вещи, сопровождаемой извѣщеніемъ непосредственнаго владѣльца о закладѣ вещей [1]). Эта уступка можетъ быть совершена неформально; она, слѣдовательно, происходитъ негласно, третьи лица о ней не освѣдомлены. Правда, они могутъ освѣдомиться у непосредственнаго владѣльца, не произошло ли какихъ-либо перемѣнъ въ его отношеніяхъ къ собственнику, но непосредственный владѣлецъ не обязанъ сообщать имъ такихъ свѣдѣній. Если собственникъ является только непосредственнымъ владѣльцемъ вещи, то закладъ этой вещи можетъ, по германскому праву, быть совершенъ и такъ, чтобы непосредственный владѣлецъ могъ выдать вещь только собственнику, совмѣстно съ кредиторомъ по закладу [2]). Эта сдѣлка опять-таки совершается негласно, и фактъ состоявшагося заклада для третьихъ лицъ совершенно не распознаваемъ.

Такое же отсутствіе публичности наблюдается и при закладѣ требованій по германскому праву. Для установленія заклада на требованіе необходима цессія требованія кредитору по закладу съ извѣщеніемъ объ этой цессіи должника. Но документъ, удостовѣряющій наличность права требованія, напр. заемная расписка, не долженъ быть переданъ кредитору по закладу [3]). Такимъ образомъ

---

[1]) См. герм. гр. ул. § 1205 и Planck, Bürgerliches Cesetzbuch ad § 1205.

[2]) См. герм. гр. ул. § 1206 и Planck, op. cit., ad § 1206.

[3]) См. Endemann. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, т. 2 стр. 571.

и закладъ требованій остается для третьихъ лицъ нераспознаваемымъ. Документы, удостовѣряющіе наличность права требованія, остаются въ рукахъ кредитора-закладчика, который можетъ ихъ показывать третьимъ лицамъ, вселяя въ нихъ ошибочное убѣжденіе въ томъ, что эти права требованія продолжаютъ оставаться „частью его свободнаго актива".

Передача владѣнія можетъ, далѣе, быть иногда обременительной и невыгодной для кредитора по закладу. У него могутъ отсутствовать помѣщенія, потребныя для сохраненія заложенныхъ вещей; у него могутъ отсутствовать спеціальныя знанія, необходимыя для надлежащаго обращенія съ заложенными вещами; для него, наконецъ, можетъ быть вообще обременительнымъ принятіе вещей къ себѣ на сохраненіе.

Наконецъ, болѣе всего вредной можетъ оказаться необходимость передачи владѣнія для самого закладчика. Эта необходимость передачи владѣнія можетъ иногда противорѣчить самой цѣли закладa; она можетъ знаменовать собою совершенную невозможность получить кредитъ подъ закладъ опредѣленныхъ движимостей. Купецъ, торговое предпріятіе котораго въ полномъ ходу, для расширенія своихъ операцій или даже для спасенія себя отъ разоренія, желаетъ получить кредитъ подъ закладъ своихъ товаровъ или самого предпріятія. Требовать отъ него передачи закладываемыхъ товаровъ или всего предпріятія въ руки кредитора по закладу—равносильно полному лишенію его возможности получить кредитъ. Ему нуженъ кредитъ для упроченія своего положенія какъ предпринимателя, а ему предлагаютъ, для полученія такого кредита, перестать быть предпринимателемъ, передать свои товары, свое торговое предпріятіе въ постороннія руки. Земледѣльцу нужно въ горячее время получить кредитъ подъ обезпеченіе имѣющихся у него инвентаря, рабочаго скота или продуктовъ земледѣлія, которыхъ онъ не можетъ или не хочетъ продавать. Лишиться всѣхъ этихъ вещей значитъ прекратить веденіе хозяйства, а ему говорятъ: заложить всѣ эти вещи ты можешь только путемъ передачи ихъ въ чужое владѣніе. Зажиточный человѣкъ обладаетъ солидной домашней обстановкой. Нуждаясь въ временномъ кредитѣ, онъ могъ бы его получить за небольшіе проценты подъ обезпеченіе этой обстановкой, а ему говорятъ: если хочешь получить кредитъ, лишись этой обстановки.

Изъ вышесказаннаго явствуетъ, что по отношенію къ нѣкоторымъ движимымъ вещамъ передача владѣнія является либо из-

лишней, либо невозможной, либо недостаточной. Отсюда возникаетъ мысль объ установленіи для нѣкоторыхъ категорій движимости или для движимыхъ вещей вообще, на ряду съ ручнымъ закладомъ (Faustpfand) или вмѣсто него, заклада реестроваго (Registerpfand), залога движимости, при каковомъ залогѣ требовалась бы не передача вещей въ чужое владѣніе, не изъятіе ихъ изъ владѣнія закладчика, а только занесеніе въ особые реестры или закладныя книги факта заклада, съ подробнымъ обозначеніемъ состава закладываемыхъ вещей. Не задаваясь цѣлью дать исчерпывающій положительный отвѣтъ о желательной конструкціи заклада, я имѣю въ виду, въ настоящемъ докладѣ, ознакомить съ положеніемъ этого весьма спорнаго вопроса [1]) въ современныхъ законодательствахъ.

Залогъ движимаго имущества, безъ его передачи, особенно широко допускается гражданскими законами Калифорніи. Цѣлыя категоріи вещей, передача коихъ, при залогѣ, во владѣніе кредитору была бы неудобна и невыгодна какъ для него, такъ и для должника, при займѣ подъ залогъ такихъ вещей оставляются во владѣніи должника до просрочки его въ платежѣ долга, съ наложеніемъ на нихъ вещнаго обезпеченія долга посредствомъ записи о залогѣ въ особыя публичныя книги. Движимыя имущества, могущія быть предметомъ такого залога (mortgage), исчерпывающимъ образомъ перечислены въ самомъ законѣ. Здѣсь мы имѣемъ не только подвижной составъ желѣзныхъ дорогъ, пароходныя машины, горнозаводскія, фабричныя и типографскія машины и матеріалъ этихъ заведеній, но также и профессіональныя библіотеки, домашнюю обстановку, картины, фортепьяно, органы, инструменты землемѣровъ, врачей, дантистовъ, хлѣбъ на корню и несобранные фрукты, разнаго рода скотъ и приплодъ его, а равно и всякаго рода сельскохозяйственныя машины и обзаведенія.

Для охраны интересовъ третьихъ лицъ приняты слѣдующія мѣры. Залогъ движимаго имущества считается дѣйствительнымъ противъ кредиторовъ залогодателя и послѣдующихъ пріобрѣтателей и залогопринимателей, пріобрѣвшихъ право на это имущество добросовѣстно и возмездно, если: 1), къ акту залога присоединено клятвенное завѣреніе всѣхъ участвующихъ въ немъ сторонъ въ

---

[1]) Вопросъ этотъ обсуждался и въ нашей юридической печати, гдѣ горячими сторонниками залога движимости выступили гг. Шендорфъ („Право“ за 1909 г. № 26) и Бугаевскій („Право“ за 1910 г. № 4). Противъ залога движимости высказался проф. А. Каминка („Право“ отъ 18-го октября 1910 г. № 42).

томъ, что онъ совершенъ добросовѣстно и безъ всякаго намѣренія затруднить, проволочить или обмануть кредиторовъ, и 2), если онъ признанъ или удостовѣренъ, засвидѣтельствованъ и записанъ въ актовыя книги такимъ же порядкомъ, какой установленъ для актовъ отчужденія недвижимаго имущества. Запись эта должна быть учинена въ актовой книгѣ, въ канцеляріи хранителя актовыхъ книгъ того уѣзда, гдѣ проживаетъ залогодатель, а затѣмъ, въ двадцатидневный срокъ, въ канцеляріи охранителя актовыхъ книгъ всякаго другого уѣзда, въ которомъ находится заложенное имущество [1]).

Всѣ эти мѣры приняты въ цѣляхъ публичности, распознаваемости залога. Поэтому, при устраненіи распознаваемости залога, онъ становится недѣйствительнымъ по отношенію къ третьимъ лицамъ.

Залогъ произрастаній на корню продолжаетъ оставаться въ силѣ и по снятіи ихъ съ корня до тѣхъ поръ, пока они остаются на землѣ залогодателя—въ первоначальномъ ихъ видѣ или съ обращеніемъ ихъ въ другой продуктъ.

Но если даже заложены имущества, въ законѣ не перечисленныя, или, если залоги установлены несогласно съ правилами, указанными въ законѣ, они считаются тѣмъ не менѣе дѣйствительными въ отношеніяхъ между сторонами, ихъ наслѣдниками по закону или по завѣщанію и личными ихъ представителями, а также тѣми лицами, которыя, прежде израсходованія какой-либо цѣнности, имѣли дѣйствительно свѣдѣніе о таковомъ залогѣ.

По законамъ нѣкоторыхъ штатовъ, сила записи о залогѣ сохраняется лишь въ теченіе года (Нью-Іоркъ) или двухъ лѣтъ (Иллинойсъ), съ правомъ дальнѣйшаго возобновленія на такіе же сроки. По законамъ тѣхъ же штатовъ, отчужденіе или сокрытіе заложенныхъ вещей, безъ согласія залогопринимателя, обложено уголовнымъ штрафомъ или тюремнымъ заключеніемъ, а продажа заложенныхъ вещей, безъ увѣдомленія покупщика о залогѣ, влечетъ за собою взысканіе въ пользу покупщика штрафа, равнаго двойной цѣнѣ проданныхъ вещей.

Такой же залогъ движимости допускался, какъ общее правило, уложеніемъ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ, въ частности цюрихскимъ уложеніемъ. Помимо ручного заклада, цюрихскому уложенію извѣстенъ также и закладъ черезъ внесеніе въ закладную

---

[1]) См. гр. зак. Калифорніи, ст. 2955—2973 (Законы 1878 г. апр. 1, 1893 г. марта 9, 1895 г. марта 16, 1897 г. марта 9 и 1901 г. марта 16).

книгу (закладная запись—Pfandverschreibung). Закладъ долженъ быть занесенъ въ публичную закладную книгу старшины. Для его дѣйствительности требуется, чтобы въ связи съ обстоятельствами изъ записи явствовало, какіе именно предметы заложены. При уважительномъ сомнѣніи на этотъ счетъ закладъ не дѣйствителенъ. Но допускался также и закладъ замѣнимыхъ вещей, а также и требованій безъ увѣдомленія объ этомъ должника. Допускался также и залогъ хлѣба на корню и не снятыхъ плодовъ, при томъ, однако, условіи, что ко времени жатвы или сбора плодовъ, участокъ будетъ еще принадлежать должнику по закладу, и залоговое право будетъ реализовано немедленно послѣ жатвы или сбора. Закладъ, внесенный въ закладную книгу, считается въ рукахъ должника имуществомъ, сданнымъ ему на храненіе. Сила записи сохраняется лишь въ теченіе года, съ правомъ дальнѣйшаго ея возобновленія.

Широкое допущеніе залога движимости совершенно чуждо другимъ законодательствамъ. И французское, и германское законодательство выставляютъ общее правило, что движимость можетъ закладываться только въ формѣ ручного заклада съ предоставленіемъ владѣнія кредитору по закладу, либо же третьему лицу. Германское право, за исключеніемъ залога извѣстныхъ категорій судовъ, не знаетъ изъятій изъ этого права. Французское же право допускаетъ изъятіе по отношенію къ торговымъ предпріятіямъ и земледѣльческимъ и промышленнымъ продуктамъ. На выясненіи возникновенія и содержанія соотвѣтственныхъ новеллъ французскаго гражданскаго права мы и намѣрены подробно остановиться.

Согласно ст. 2074—2076 французскаго Code civil, закладъ движимости можетъ имѣть силу по отношенію къ третьимъ лицамъ только при соблюденіи слѣдующихъ формальностей. Договоръ о закладѣ долженъ быть актомъ публичнымъ или частнымъ, но надлежащимъ образомъ зарегистрированнымъ. Если предметомъ заклада является невещественная движимость, какъ, напримѣръ, право требованія, то, кромѣ того, необходимо предъявленіе акта заклада должнику по этому праву требованія. Во всякомъ случаѣ, закладъ дѣйствителенъ по отношенію къ третьимъ лицамъ только тогда, когда заложенная вещь изъята изъ владѣнія должника по закладу и передана либо кредитору, либо третьему лицу. Примѣнительно къ правамъ требованія, послѣднее правило было истолковано практикой въ смыслѣ необходимости передачи кредитору по закладу документа, удостовѣряющаго наличность этого права требованія; отсюда выводъ, что не могутъ быть предметомъ заклада

права требованія, либо иски, не удостовѣренные извѣстнымъ письменнымъ актомъ.

Однако, въ рѣшеніи отъ 20 января 1886 г. кассаціонный судъ отступилъ отъ этого правила и призналъ достаточной для установленія заклада требованія передачу кредитору по закладу не оригинала документа, удостовѣряющаго наличность права требованія, а копіи съ него или выписи [1]). Въ 1888 г. въ кассаціонной практикѣ возникъ вопросъ объ условіяхъ дѣйствительности заклада торговаго предпріятія, въ разсматриваемомъ случаѣ меблированнаго отеля. Насчетъ того, что торговое предпріятіе, какъ таковое, какъ совокупность, можетъ быть предметомъ заклада, сомнѣній не возникало. Лучшіе французскіе цивилисты признавали торговое предпріятіе движимостью, но притомъ движимостью вещественною [2]). Слѣдовательно, для установленія заклада на таковую движимость необходима была бы, согласно статьѣ 2076 Code civil, передача ея во владѣніе кредитору по закладу. А это, въ дѣйствительности, почти недоступно. И вотъ кассаціонный судъ вошелъ въ разсмотрѣніе того, при какихъ условіяхъ отдача въ закладъ торговаго предпріятія можетъ имѣть силу противъ третьихъ лицъ, т. е. противъ кредиторовъ закладчика. Для отвѣта на этотъ вопросъ онъ обратилъ особое вниманіе на природу торговаго предпріятія, въ составъ котораго входятъ весьма многочисленные невещественные элементы: торговая фирма, опредѣленный кругъ покупателей или кліентовъ, извѣстная репутація. Кромѣ того, торговое предпріятіе, въ большинствѣ случаевъ, находится въ арендуемомъ помѣщеніи, соотвѣтствующемъ извѣстнымъ вкусамъ и требованіямъ кліентовъ. И это арендуемое право также неразрывно связано съ торговымъ предпріятіемъ. Вещественными же элементами торговаго предпріятія, которые могутъ быть отдѣлены отъ него, но безъ которыхъ очень часто дальнѣйшая эксплоатація торговаго предпріятія оказалась бы немыслимой, являются обстановка и товары. Необходимо, поэтому, обратить вниманіе на то, какіе элементы, вещественные или невещественные, являются преобладающими въ торговомъ предпріятіи. Обращаясь къ разсматриваемому случаю, кассаціонный судъ, основываясь на вышеуказанныхъ соображеніяхъ, пришелъ къ слѣдующему заключенію. Торговое предпріятіе, въ данномъ случаѣ меблированный отель, представляетъ изъ себя юридическую совокупность

1) Dalloz, op. cit., 1886 г. I, 406, 407.

2) Demolombe, Traitè de la distinction de biens, 3-e изд. т. 1 № 403 и 440; Laurent, Principes du droit civil, т. 5 № 513.

(universitas juris), состоящую изъ различныхъ элементовъ, изъ которыхъ одни—обстановка и мебель—суть вещественныя движимости, а другіе—фирма, кліентура и арендное право—носятъ характеръ движимостей невещественныхъ. Въ этой юридической совокупности фирма, кліентура и арендное право играютъ преобладающую роль въ то время, какъ движимость, въ собственномъ смыслѣ, служитъ только орудіемъ для эксплоатаціи предпріятія. Вслѣдствіе этого, торговое предпріятіе, взятое въ своей совокупности, должно разсматриваться, съ точки зрѣнія права, какъ невещественная движимость; тѣмъ болѣе, когда установлено, какъ это имѣетъ мѣсто въ данномъ случаѣ, что цѣнность обстановки не превышаетъ цѣнности другихъ элементовъ, входящихъ въ составъ этой юридической совокупности. Если же торговое предпріятіе должно считаться невещественной движимостью, то для установленія закладнаго права на такое предпріятіе, закладнаго права, имѣющаго силу по отношенію къ третьимъ лицамъ, необходимо только соблюденіе условій, требующихся при закладкѣ невещественныхъ движимостей, каковы права требованія. А эти условія уже указаны въ рѣшеніи кассаціоннаго суда отъ 20 января 1886 г. Для этого достаточно соблюденія двухъ условій—передача кредитору по закладу акта или копіи съ аутентическаго акта, удостовѣряющаго права закладчика, и предъявленія кредиторомъ по закладу собственнику помѣщенія, въ которомъ торговое предпріятіе находится, акта о закладѣ. Актъ о закладѣ долженъ быть предъявленъ только собственнику указаннаго помѣщенія, такъ какъ онъ единственно является должникомъ по принадлежащему закладчику арендному праву; по другимъ же правамъ или невещественнымъ движимостямъ, принадлежащимъ владѣльцу торговаго предпріятія, должниковъ не имѣется, а по сему и не имѣется другихъ лицъ, которымъ актъ о закладѣ долженъ быть предъявленъ [1]).

Но если кассаціонный судъ въ своемъ рѣшеніи отъ 13 марта 1888 г. еще стоялъ на той точкѣ зрѣнія, что торговое предпріятіе является либо вещественной, либо невещественной движимостью, смотря по тому, какой элементъ въ немъ преобладаетъ, то парижская апелляціонная палата въ своемъ рѣшеніи отъ 24 декабря 1896 г. пошла значительно дальше. Разбираемый ею казусъ касался торговли винъ и ликеровъ. Квалифицируя юридическую природу этого торговаго предпріятія, палата высказалась

[1]) См. рѣш. кассац. суда 13 марта 1888 г., Dalloz op. cit., 1888 г., 1 стр. 351 и сл.

слѣдующимъ образомъ. Торговое предпріятіе, состоящее изъ фирмы и кліентуры, представляетъ собою совмѣстно съ арендным правомъ на помѣщенія, въ которыхъ оно эксплоатируется, совокупность движимыхъ невещественныхъ правъ, въ каковой совокупности обстановка и товары, находящіеся въ предпріятіи, являются только чѣмъ-то акцессорнымъ, только орудіемъ эксплоатаціи предпріятія, необходимымъ для самаго существованія этихъ невещественныхъ правъ, и посему на нихъ, на эту обстановку и товары, распространяется тотъ же характеръ невещественности [1]).

Здѣсь уже всякое торговое предпріятіе, безотносительно къ тому, какой элементъ, вещественный или невещественный, въ немъ преобладаетъ, признается невещественной движимостью, для дѣйствительнаго заклада которой требуется соблюденіе только тѣхъ условій, какія указаны въ кассаціонномъ рѣшеніи отъ 20 января 1886 г. Поэтому можно съ полнымъ правомъ сказать, что французская практика, еще до изданія закона 1 марта 1898 г., склонялась къ допущенію заклада торговыхъ предпріятій, безъ перенесенія владѣніями на кредиторовъ по закладу [2]). Знакомство съ этой судебной практикой необходимо для пониманія истиннаго содержанія законъ 1 марта 1898 г. о закладѣ торговыхъ предпріятій, посредствомъ внесенія акта заклада въ особые публичные реестры, ведущіеся въ канцеляріяхъ коммерческихъ судовъ. Приведенная судебная практика не гарантировала публичности заклада, съ одной стороны, а съ другой, коммерческіе суды въ своихъ рѣшеніяхъ [3]) становились на точку зрѣнія, прямо противоположную точкѣ зрѣнія кассаціон-

---

1) См. Dalloz, op. cit, 1898 г., 2, стр. 23.

2) Проф. Каминка, въ своей упомянутой выше статьѣ въ „Правѣ", говоритъ, между прочимъ, слѣдующее: „Проф. Шершеневичъ, останавливаясь на этомъ законѣ (законѣ 1 марта 1898 г.), замѣчаетъ, что еще до изданія этого закона судебная практика стала склоняться къ мысли о допустимости залога торговаго предпріятія съ сохраненіемъ владѣнія за предпринимателемъ. Однако, такое утвержденіе не совсѣмъ точно. Нѣкоторыя послабленія, которыя допускались судебной практикой при толкованіи вопроса о томъ, можно ли считать переданнымъ владѣніе товарами въ оборотѣ, отнюдь не могутъ быть истолкованы въ смыслѣ колебаній въ принципіальномъ вопросѣ о требованіи передачи владѣнія для установленія залогового права". Однако, изъ приведенныхъ мною судебныхъ рѣшеній, на которыя проф. Каминка, повидимому, не обратилъ вниманія, видно, что замѣчаніе проф. Шершеневича можетъ быть признано вполнѣ точнымъ.

3) См., напр., рѣш. сенскаго коммерческаго суда отъ 9 января 1892 г. и отъ 24 августа 1893 г.

на го суда. Потребность же въ нормальномъ разрѣшеніи вопроса о залогѣ торговыхъ предпріятій, повидимому, росла. Эти обстоятельства настойчиво призывали къ законодательному регулированію вопроса. Соотвѣтственный законопроектъ, состоявшій изъ одной статьи, былъ внесенъ въ палату депутатовъ Мильераномъ 18 мая 1895 г. Статья эта гласила: статья 2075 Code civil дополняется слѣдующимъ: „кромѣ того, всякая отдача въ закладъ торговаго предпріятія, подъ угрозой недѣйствительности, должна быть отмѣчена въ публичномъ реестрѣ, ведущемся съ этой цѣлью въ канцеляріи коммерческаго суда, въ округѣ котораго означенное торговое предпріятіе расположено". Во избѣжаніе затемнѣнія истиннаго смысла новаго закона, текстъ этой статьи былъ значительно видоизмѣненъ сенатской комиссіей, докладчикъ которой, извѣстный юристъ Тэзаръ подробно выяснилъ въ засѣданіи сената и недостатки прежней судебной практики и истинный смыслъ новаго закона.

Что торговое предпріятіе, какъ таковое, можетъ быть предметомъ заклада, это, и по утвержденію Тэзара, ни для кого не можетъ быть предметомъ сомнѣній. Торговое предпріятіе представляетъ собою реальную цѣнность, одинъ изъ элементовъ имущества должника, который онъ можетъ представить въ видѣ обезпеченія любому изъ своихъ кредиторовъ. Такимъ образомъ, цѣль новаго закона не въ томъ, чтобы санкціонировать возможность заклада торговаго предпріятія, какъ цѣлаго, возможность, совершенно отрицаемую, какъ мы увидимъ ниже, германскимъ имперскимъ судомъ, но никогда не отрицавшуюся французскими судами [1]). Цѣль новаго закона иная. Новый законъ долженъ установить условія дѣйствительности такого заклада по отношенію къ третьимъ лицамъ. Удовлетворяетъ ли практика кассаціоннаго суда интересамъ третьихъ лицъ? Отнюдь нѣтъ. Какія требованія предъявляются ею для того, чтобы закладъ торговаго предпріятія признавался дѣйствительнымъ, по отношенію къ третьимъ лицамъ? Выше мы уже указали, каковы эти требованія Но соблюденіе этихъ требованій совершенно безцѣльно. Въ самомъ дѣлѣ. Собственникъ помѣщенія, въ которомъ эксплоатируется торговое предпріятіе, извѣщается о фактѣ заклада. Но этотъ собственникъ помѣщенія совершенно не заинтересованъ въ такомъ сообщеніи, такъ какъ его права, его законное закладное право, во всякомъ случаѣ, сохраняется, какъ по отношенію къ первоначальному арендатору, такъ и по отношенію ко всѣмъ правопре-

[1]) Исключеніе представляетъ собою только рѣш. сенскаго коммерческаго суда отъ 18 янв. 1896 г.

емникамъ этого послѣдняго. Третьи же лица, дѣйствительно заинтересованныя въ публичности факта заклада, при такомъ извѣщеніи собственника помѣщенія остаются все же въ полномъ невѣдѣніи насчетъ того, заложено ли торговое предпріятіе, или нѣтъ. Но, можетъ-быть, гарантіей для третьихъ лицъ является требованіе передачи кредитору по закладу акта, удостовѣряющаго права предпринимателя? Тоже нѣтъ. Можно было бы говорить о нѣкоторой гарантіи третьихъ лицъ, если бы требовалась непремѣнная передача оригинала этого акта. Третьи лица, вступающія въ сношенія съ предпринимателемъ, могли бы потребовать у него предъявленія имъ этихъ оригиналовъ, и невозможность для предпринимателя удовлетворить это ихъ требованіе внушила бы имъ подозрѣніе о томъ, что предприниматель заложилъ свое предпріятіе. Но, вѣдь, судебная практика требуетъ передачи только копіи съ аутентическаго акта, а такое требованіе является только пустой формальностью, ничьихъ интересовъ не гарантирующею. Между тѣмъ, возможность получить кредитъ подъ обезпеченіе торговаго предпріятія является жгучей потребностью жизни. Въ критическую минуту, закладъ торговаго предпріятія можетъ представлять собою для предпринимателя единственный источникъ спасенія отъ банкротства и разоренія. Необходимо, однако, съ другой стороны, регулировать закладъ торговыхъ предпріятій такимъ образомъ, чтобы третьи лица не становились жертвою тайнаго заклада. Но, такъ какъ, съ одной стороны, требованія, предъявлявшіяся предшествующей судебной практикой для дѣйствительности залога торговаго предпріятія, совершенно безцѣльны, а, съ другой стороны, требованіе соблюденія извѣстныхъ формальностей имѣетъ въ виду интересы третьихъ лицъ, а не отношенія между сторонами, то сенатская комиссія, исключивъ начальныя слова законопроекта, „кромѣ того“, слова, которыя могли бы привести къ неправильному мнѣнію, будто новый законъ къ старымъ формальностямъ прибавляетъ новую—занесеніе въ реестръ акта заклада,—видоизмѣнила статью слѣдующимъ образомъ: „Всякій закладъ торговаго предпріятія, подъ угрозой недѣйствительности противъ третьихъ лицъ, долженъ быть занесенъ въ публичный реестръ, ведущійся въ канцеляріи коммерческаго суда, въ округѣ котораго предпріятіе эксплоатируется“ [1]).

Законъ 1 марта 1898 года на практикѣ сталъ пользоваться большимъ успѣхомъ. Въ одномъ сенскомъ округѣ число залоговъ тор-

[1]) Ср. примѣч. къ закону 1 марта 1898 года у Dalloz'a op. cit., за 1898 г., 4, стр. 20—21

говыхъ предпріятій, достигшее въ 1898 г. цифры 723, возросло въ 1899 г. до 1089, въ 1900 г. до 1269, въ 1901 г. до 1422, а въ 1902 г. до 1605, т. е. за 4 года число это возросло болѣе, чѣмъ на 120 проц. Однако, въ торговыхъ кругахъ, законъ этотъ не встрѣтилъ сочувствія. По мнѣнію торговыхъ палатъ, законъ этотъ совершенно подрываетъ торговый кредитъ, и, по свидѣтельству Планіоля [1]), всѣ торговыя палаты ходатайствовали объ отмѣнѣ этого закона.

Съ другой стороны, вслѣдствіе неточной редакціи самаго закона, говорившаго не о залогѣ торговыхъ предпріятій, а о nantissement, т. е. о закладѣ въ тѣсномъ смыслѣ, а также вслѣдствіе неудачной кодификаціи новаго закона, нѣкоторые французскіе суды стремились свести на нѣтъ все значеніе новаго закона.

Несмотря на то, что, изъясняя дѣйствительный смыслъ новаго закона, докладчикъ сената, Тэзаръ, опредѣленно заявилъ: „настоящимъ закономъ мы вводимъ торговыя предпріятія въ кругъ юридическихъ совокупностей (universalitès de droit), каковыми являлись для римскихъ юристовъ наслѣдственныя массы; вещественныя движимости, каковы обстановка и товары, не могутъ быть матеріально переданы кредитору по закладу, но это затрудненіе разрѣшается тѣмъ, что эти движимости, съ точки зрѣнія закона, входятъ въ составъ данной юридической совокупности и ею поглощаются“; несмотря на то, что онъ закончилъ свой докладъ сенату словами: „устанавливая для заклада торговыхъ предпріятій правила, приноровленныя къ природѣ этихъ предпріятій, мы, тѣмъ самымъ, отмѣняемъ безполезныя формальности, ранѣе требовавшіяся для дѣйствительности закладовъ“ [2]),— несмотря на все это, именно указанные вопросы трактовались практикой какъ первой, такъ и второй инстанціи далеко неодинаково.

Законъ 1898 г. былъ включенъ въ Code civil, какъ вторая часть ст. 2075, въ редакціи, принятой сенатской комиссіей и приведенной выше. Но ст. 2076 осталась въ прежней редакціи. А статья эта гласитъ: „Во всѣхъ случаяхъ привиллегія сохраняется по отношенію къ закладу лишь постольку, поскольку закладъ былъ переданъ и остался во владѣніи кредитора или третьяго лица, по соглашенію между сторонами“. И вотъ, текстъ статьи 2075, говорившей о nantissement, т. е. о закладѣ въ тѣсномъ смыслѣ, необходимымъ реквизитомъ котораго является передача владѣнія,

[1]) См. Planiol, Droit civil, 2-й т., стр. 832, изд. 4-е.

[2]) Ср. Dalloz, ibid.

начальныя слова ст. 2076 „во всѣхъ случаяхъ“ и несочувствіе нѣкоторыхъ судовъ къ новому закону побудили эти суды совершенно не считаться съ приведенными выше законодательными мотивами и требовать для дѣйствительности заклада по отношенію къ третьимъ лицамъ соблюденія старыхъ формальностей. Суды эти считали, что законъ 1898 г. прибавилъ къ прежде требовавшимся формальностямъ еще одну, новую, а именно, занесеніе въ судебный реестръ. Посему для дѣйствительности заклада противъ третьихъ лицъ они требовали соблюденія слѣдующихъ формальностей: 1) занесенія въ реестръ, 2) предъявленія акта заклада собственнику помѣщенія, въ которомъ торговое предпріятіе эксплоатируется и 3) передачи владѣнія торговымъ предпріятіемъ, хотя бы символической, что достигается врученіемъ кредитору по закладу актовъ, удостовѣряющихъ права закладчика, или копій съ этихъ актовъ [1]).

Однако, огромное число судебныхъ рѣшеній высказалось въ смыслѣ прямо противоположномъ, а именно, въ томъ смыслѣ, что новый законъ окончательно отмѣнилъ по отношенію къ закладу торговыхъ предпріятій требованія, установленныя въ ст. 2075 и 2076 кодекса, и подчинилъ такіе заклады только единственному требованію, а именно, занесенію въ судебный реестръ. Соблюденія одного этого условія вполнѣ достаточно для признанія заклада дѣйствительнымъ по отношенію къ третьимъ лицамъ [2]).

Точно также неодинаковое рѣшеніе въ судебной практикѣ находилъ себѣ и вопросъ о томъ, какіе элементы входятъ въ составъ торговаго предпріятія. Въ практикѣ возбуждалъ споры вопросъ о томъ, необходимо ли точное перечисленіе въ актѣ о закладѣ всѣхъ этихъ элементовъ или же, наоборотъ, достаточно одного указанія

---

[1]) См. рѣш. сенскаго коммерч. суда отъ 29 марта 1900 г. и палатъ—парижской отъ 23 марта 1900 г. и 1 августа 1901 г., амьенской — отъ 7 іюля 1900 г. (Dalloz, op. cit, за 1901 г., 2 стр. 97), реннской—отъ 27 іюня 1901 г. и нансійской—отъ 28 мая 1901 г. (Dalloz, op. cit., за 1903 г., 2 стр. 176—178).

[2]) См. рѣш. коммерч. судовъ: руанскаго—отъ 2 іюня 1900 г. и анжерскаго—отъ 7 дек. 1900 г. и палатъ—руанской—отъ 25 іюля 1900 г. и 2 января 1901 г., безансонской—отъ 20 марта 1901 г., дижонской—отъ 17 мая 1901 г. (Dalloz, за 1901 г., 2, стр. 97 и сл. и стр. 470 и сл.), дижонской—отъ 27 ноября 1901 г., руанской—отъ 11 декабря 1901 г., парижской—отъ 29 января 1902 г., 29 мая 1902 г. и 18 марта 1903 г., нансійской —отъ 21 марта 1902 г. и реннской—отъ 26 іюня 1902 г. (Dalloz, за 1903 г., 2, стр. 178 и сл.), а также рѣш. кассац. суда отъ 31 окт. 1906 г. (Dalloz, за 1906 г., 1, стр. 528).

на то, что въ закладъ отдается опредѣленное торговое предпріятіе; и если въ актѣ о закладѣ упомянуто только о торговомъ предпріятіи, безъ перечисленія элементовъ, понимаемыхъ сторонами подъ этимъ совокупнымъ терминомъ, то распространяется ли закладъ также на обстановку торговаго предпріятія и на товары, находящіеся въ ономъ. Споры эти возникли въ практикѣ опять таки вопреки яснымъ законодательнымъ мотивамъ, изложеннымъ въ докладѣ сенатора Тэзара, въ виду враждебнаго отношенія къ новому закону коммерческихъ судовъ, вообще неособенно склонныхъ допускать предпочтеніе однихъ кредиторовъ другимъ, въ случаѣ несостоятельности должника. И въ то время, какъ гражданскіе суды вообще склонны были подчинять дѣйствію заклада и обстановку торговаго прдпріятія и товары въ оборотѣ [1]), коммерческіе суды стремились по возможности съузить значеніе закона 1898 г., находя, что закладъ торговаго предпріятія не обнимаетъ собою товаровъ въ оборотѣ [2]) или даже не обнимаетъ собою не только товаровъ въ оборотѣ, но и обстановки торговаго предпріятія [3]).

Лаконизмъ закона 1 марта, неудачная его кодификація и вызванная этимъ несогласованость въ судебной практикѣ—все это вмѣстѣ взятое побудило французскаго законодателя подвергнуть вопросъ о закладѣ торговыхъ предпріятій вторичному разсмотрѣнію. Новый законопроектъ о закладѣ торговыхъ предпріятій былъ выработанъ еще въ 1903 г., а 17 марта 1909 г. былъ изданъ законъ о продажѣ и закладѣ торговыхъ предпріятій, въ которомъ мы можемъ найти ясный и недвусмысленный отвѣтъ на указанные выше спорные вопросы. Согласно новому закону, торговыя предпріятія могутъ отдаваться въ закладъ безъ соблюденія какихъ-либо иныхъ условій и формальностей, кромѣ предписанныхъ означеннымъ закономъ (ст. 8). Для дѣйствительнаго договора о закладѣ между сторонами, достаточно заключенія акта офиціальнаго или же частнаго, надлежащимъ образомъ зарегистрированнаго; по отношенію же къ третьимъ лицамъ, закладъ получаетъ силу единственно черезъ внесеніе акта заклада въ публичный реестръ коммерческаго суда

---

[1]) См. Dalloz, ibid., 1903 г., 2, стр. 179 и сл., а также рѣш. кассац. суда отъ 31 октября 1906 г. (Dalloz, за 1906 г., 1, стр. 528).

[2]) См. рѣш. анжерскаго коммерч. суда отъ 7 дек. 1900 г. (Dalloz, за 1901 г., 2, стр. 108).

[3]) См. рѣш. коммерч. суда города Chalon-sur Saône отъ 17 дек. 1900 г. (Dalloz, за 1901 г., 2, стр. 109).

того округа, въ которомъ эксплоатируется торговое предпріятіе и его отдѣленія (ст. 10). Но въ виду того, что кредиторы могутъ воспользоваться своимъ правомъ заносить фактъ заклада въ публичный реестръ спустя долгое время послѣ заключенія договора о закладѣ, а именно, когда положеніе ихъ должника станетъ критическимъ, въ законѣ установленъ предѣльный срокъ для такого занесенія въ реестръ. Занесеніе въ реестръ, подъ угрозой недѣйствительности заклада, должно послѣдовать въ теченіе двухнедѣльнаго срока со дня заключенія договора о закладѣ (ст. 11). Въ самомъ законѣ содержится ограничительный перечень элементовъ, могущихъ обниматься общимъ терминомъ торговаго предпріятія. Если стороны не перечислятъ этихъ элементовъ, то закладъ торговаго предпріятія обнимаетъ собою только торговое имя, арендное право, кругъ покупателей и кліентуру. Однако, сторонамъ не воспрещается распространять дѣйствіе заклада на всѣ права и вещи, такъ или иначе принадлежащія къ торговому предпріятію, въ томъ числѣ на всѣ къ нему относящіяся права собственности промышленной, литературной и артистической, а также на мебель и обстановку торговаго предпріятія, причемъ, для дѣйствительности заклада этихъ движимостей въ собственномъ смыслѣ противъ третьихъ лицъ, также не требуется передача ихъ во владѣніе кредиторовъ по закладу (ст. 9).

Однако, во вниманіе къ настойчивымъ требованіямъ торговыхъ круговъ вообще, и въ частности парижской торговой палаты, товары въ оборотѣ не обнимаются настоящимъ закономъ. Мотивируется это слѣдующимъ. При распространеніи дѣйствія заклада и на товары въ оборотѣ, положеніе поставщиковъ, доставляющихъ товары предпринимателю, стало бы совершенно невозможнымъ. При быстротѣ торговыхъ операцій, поставщикамъ весьма трудно или почти невозможно всякій разъ справляться въ реестрѣ, не заложилъ ли предприниматель, съ которымъ они ведутъ дѣла, своего торговаго предпріятія. Кромѣ того, закладъ, занесенный въ реестръ въ промежуткѣ между доставкой товаровъ и срокомъ, назначеннымъ для уплаты за нихъ, совершенно несправедливо лишалъ бы поставщиковъ ихъ правъ и давалъ бы предпочтеніе передъ ними кредиторамъ по этому закладу [1]).

Новымъ закономъ формально отмѣняется законъ 1 марта

---

[1]) Ср. объясн. къ закону 17-го марта 1909 г. у Dalloz'a, op. cit. за 1909 г., 4, стр. 50.

1898 года (ст. 36). Но, хотя изъ новаго закона ясно видно, что мы имѣемъ дѣло съ залогомъ, ипотекой торговыхъ предпріятій, а отнюдь не съ закладомъ въ собственномъ смыслѣ, въ текстѣ сохраненъ терминъ „nantissement", означающій закладъ, сопровождающійся передачей предмета заклада во владѣніе кредитора.

Выше мы указывали на то, что вопросъ о возможности установленія залога на торговое предпріятіе, какъ на таковое, какъ на юридическое цѣлое, во Франціи не вызывалъ почти сомнѣній. Здѣсь же кстати будетъ отмѣтить отношеніе къ этому вопросу германскаго имперскаго суда. По мнѣнію имперскаго суда, торговое предпріятіе, представляя собою не юридическое цѣлое (Rechtseinheit), а только фактическую, экономическую совокупность вещей, правъ, правоотношеній и фактическихъ отношеній, хотя и можетъ въ своей совокупности имѣть общую участь, въ частности, быть предметомъ обязательственныхъ сдѣлокъ, но не можетъ быть предметомъ единаго, на немъ тяготѣющаго права. Поэтому возможна, напримѣръ, аренда торговаго предпріятія. Вещное же установленіе пользовладѣнія возможно только (§ 1085 германск. гр. улож.) относительно отдѣльныхъ составныхъ частей предпріятія. Невозможно и установленіе закладнаго права на торговое предпріятіе, такъ какъ по отношенію къ нему неосуществимы ни Pfändungspfandrecht, ни осуществляемая при продажѣ съ торговъ передача въ собственность [1]). И хотя имперскій судъ, при разсмотрѣніи дѣла о закладѣ газетнаго издательства, пришелъ къ заключенію, что стороны, несомнѣнно, желали заложить это издательство, предпріятіе, какъ таковое, онъ, тѣмъ не менѣе, не призналъ заклада дѣйствительнымъ. Указаннаго результата, разъясняетъ имперскій судъ, договоромъ достигнуть нельзя было. „Ибо издательское предпріятіе не есть ни вещь въ смыслѣ § 1204, ни право въ смыслѣ § 1273 герм. гр. уложенія. Торговое предпріятіе, какъ таковое, не можетъ быть предметомъ закладнаго права; предметомъ заклада могутъ быть только отдѣльныя, принадлежащія предпріятію, вещи и права" [2]).

Съ точки зрѣнія германскаго гражданскаго уложенія это разъясненіе, пожалуй, и правильно. Но, вѣдь, и самъ имперскій судъ признаетъ, что торговое предпріятіе представляетъ собой экономическую совокупность правъ, вещей, правоотношеній и фактическихъ отношеній.

---

[1]) Ср. Entscheid. des R. G. in Zivilsachen, т. 70, стр. 228 и сл.

[2]) Entscheid. des R. G. in Zivilsachen, т. 68, стр. 54.

Въ оборотѣ торговое предпріятіе выступаетъ какъ нѣчто единое. И очень часто цѣнность правоотношеній и фактическихъ отношеній значительно превышаетъ цѣнность правъ и вещей, входящихъ въ составъ торговаго предпріятія. Въ значительной части торговыхъ предпріятій, элементами наиболѣе цѣнными являются извѣстная репутація, извѣстный кругъ покупателей, постояльцевъ, кліентовъ и т. д., извѣстное мѣстоположеніе. И германское уложеніе лишаетъ предпринимателя возможности получить, въ критическую минуту, кредитъ подъ обезпеченіе этихъ элементовъ, имѣющихъ въ оборотѣ огромную цѣнность. Съ другой стороны, имперскій судъ въ тѣхъ же рѣшеніяхъ, не закрывая глазъ на совершающіяся ежедневно отчужденія торговыхъ предпріятій, признаетъ такія продажи вполнѣ дѣйствительными. А между тѣмъ, не слѣдуетъ забывать, что въ данномъ случаѣ предметомъ продажи является обязательство передать торговое предпріятіе въ собственность. И если признать, что торговое предпріятіе, какъ таковое, не можетъ быть объектомъ единаго вещнаго права, то такія продажи торговыхъ предпріятій, такія обязательственныя сдѣлки также должны бы признаваться недѣйствительными, въ виду невозможности выполненія предмета обязательства. Въ виду сказаннаго, можно смѣло сказать, что германское законодательство нуждается въ дополненіи, допускающемъ установленіе вещныхъ правъ на торговыя предпріятія и, въ частности, допускающемъ установленіе залога торговыхъ предпріятій, какъ таковыхъ, посредствомъ внесенія акта залога въ соотвѣтственные реестры.

Въ томъ же 1898 г. во Франціи былъ принятъ еще одинъ законъ, касающійся залога движимости. Я имѣю въ виду законъ 18 іюля 1898 г. о земледѣльческихъ варрантахъ (loi sur les varrants agricoles). Цѣль этого закона—предоставить земледѣльцамъ новое орудіе реальнаго кредита. Нуждаясь въ средствахъ, земледѣльцы, не имѣющіе собственной недвижимости, вынуждены продавать свои продукты немедленно послѣ сбора ихъ, когда на рынкѣ конъюнктура можетъ оказаться для нихъ чрезвычайно неблагопріятной. Получить кредитъ подъ обезпеченіе этихъ продуктовъ для земледѣльца было крайне затруднительно, почти невозможно. Съ одной стороны, собственнику земли принадлежитъ законное закладное право на всѣ продукты арендуемой земли и на все то, что служитъ для обработки послѣдней (ст. 2102 Code civil); съ другой стороны, для залога, какъ мы уже знаемъ, необходима передача владѣнія, что опять таки, по отношенію къ продуктамъ земледѣлія и земледѣль-

ческой промышленности, является требованіемъ, крайне отяготительнымъ для обѣихъ сторонъ и трудно выполнимымъ.

Правда, земледѣльцы могли бы воспользоваться товарными складами и сложить въ нихъ свои продукты, но это сопряжено также съ большими неудобствами: громадныя разстоянія, расходы на перевозку, спеціальное обложеніе товаровъ, помѣщаемыхъ въ складахъ,—все это служитъ для земледѣльцевъ немалой помѣхой въ дѣлѣ полученія ими мобиліарнаго кредита. Отсюда необходимость регулировать вопросъ такъ, чтобы земледѣльцы могли получать подъ продукты земледѣлія мобиліарный кредитъ, оставляя эти продукты на мѣстѣ. Но, можетъ быть, этимъ дается толчекъ къ безразсудному полученію кредита, могущему ухудшить экономическое положеніе земледѣльца-арендатора. Это возраженіе было бы умѣстно, если бы земледѣльцу давалась возможность получать кредитъ для цѣлей спекулятивныхъ, для расширенія своего основного капитала, для расширенія арендуемой имъ площади. На самомъ же дѣлѣ, законъ, ограничивая извѣстнымъ образомъ его кредитъ, даетъ ему только возможность увеличивать капиталъ оборотный, необходимый для закупки удобренія, для улучшенія породъ скота, даетъ ему возможность увеличить этотъ оборотный капиталъ, весьма быстро воспроизводимый, въ ожиданіи конъюнктуры, наиболѣе благопріятной для продажи его продуктовъ.

Съ этой цѣлью законъ ограничиваетъ предметы, подъ которые земледѣлецъ можетъ получить реальный кредитъ; такими предметами являются только продукты собранные и готовые, т. е. такіе, которые могли бы быть свезены на складъ. Но продукты, еще не собранные, хлѣбъ на корню и т. д., не могутъ служить предметомъ этого залога. Это ограниченіе, помимо причинъ, указанныхъ выше, оправдывается еще какъ интересами собственника арендуемой земли, гораздо легче осуществляющаго принадлежащее ему преимущественное право по отношенію къ хлѣбу, еще не собранному, такъ и интересами кредитора по залогу, требующими, чтобы залогъ заключалъ въ себѣ возможно меньше элементовъ риска. Не допускается, по новому закону, и залогъ орудій земледѣльческаго производства, въ томъ числѣ и рабочаго скота [1]).

Закладываемые предметы должны быть продуктомъ собственнаго производства закладчика. Храниться продукты эти должны

---

[1]) См. объясн. къ закону 18-го іюля 1898 г. у Dalloz'a за 1898 г., 4, стр. 89 и сл.

либо на земляхъ, гдѣ они производятся, либо въ помѣщеніяхъ, предназначенныхъ для земледѣльческаго производства (ст. 1). Если производитель самъ не является собственникомъ, либо пользовладѣльцемъ предпріятія, онъ долженъ извѣстить о фактѣ залога собственника арендуемаго участка, и послѣдній, въ 12-ти-дневный срокъ, можетъ протестовать противъ залога, если арендаторъ просрочилъ ему арендные платежи.

Въ цѣляхъ большаго обезпеченія кредитора по залогу, собственникъ продуктовъ считается хранителемъ ихъ, и при отчужденіи или ухудшеніи ихъ отвѣчаетъ въ уголовномъ порядкѣ, какъ за присвоеніе чужого имущества (abus de confiance — наказаніе до 2 лѣтъ тюрьмы).

Крупнымъ недостаткомъ этого закона является слѣдующее. Закладчикъ вправѣ продать заложенные продукты, только освободивъ ихъ отъ залога, уплативъ по варранту. Для этого необходимо найти послѣдняго держателя этого варранта, свободно передаваемаго по надписи. Правда, законъ (ст. 9) высказываетъ пожеланіе, чтобы всякій новый пріобрѣтатель варранта заявлялъ о фактѣ пріобрѣтенія въ мировой судъ заказнымъ письмомъ, но это пожеланіе ничѣмъ не санкціонировано, что ставитъ закладчика, желающаго продать свои продукты, въ положеніе, крайне затруднительное [1]).

Законъ этотъ не оправдалъ, повидимому, тѣхъ надеждъ, какія на него возлагались. Уже въ 1903 г. былъ выработанъ правительствомъ проектъ измѣненія этого закона, но только въ 1906 г. былъ принятъ новый законъ, значительно видоизмѣняющій законъ 18 іюля 1898 г. Въ законѣ 1906 г. не перечислены продукты, которые могутъ быть варрантированы. Наоборотъ, всякому земледѣльцу дозволяется варрантировать всѣ земледѣльческіе или промышленные продукты его предпріятія, не являющіеся недвижимостью по назначенію, включая сюда морскую соль и скотъ. Въ цѣляхъ большаго обезпеченія кредиторовъ по варрантамъ, дозволяется, въ отличіе отъ прежняго закона, варрантируемые продукты не только оставлять въ помѣщеніяхъ земледѣльца-закладчика, но и передавать на храненіе различнымъ синдикатамъ и сельско-хозяйственнымъ товариществамъ, къ которымъ принадлежитъ закладчикъ, а также и любымъ третьимъ лицамъ по соглашенію сторонъ. Съ согласія кредитора по варранту и при условіи, что заложен-

[1]) См. Planiol, Droit civil, т. 2, стр. 857.

ные продукты останутся въ помѣщеніяхъ земледѣльца, предназначенныхъ для земледѣльческаго производства, либо на земляхъ, гдѣ они производятся, собственника земельнаго участка, можно и не извѣщать о фактѣ залога. Но въ этомъ случаѣ преимущественныя права этого собственника остаются въ прежней силѣ. Кромѣ того, собственникъ можетъ отказаться отъ своихъ преимущественныхъ правъ въ размѣрѣ стоимости варранта, присоединивъ къ послѣднему и свою подпись. Закладчикъ можетъ погасить варрантъ и до срока; онъ вправѣ продать заложенные продукты безъ согласія кредитора по варранту, но передать ихъ покупателю онъ вправѣ, только освободивъ ихъ отъ залога. Предложенія о погашеніи залога направляются къ послѣднему держателю варранта, отмѣченному въ мировомъ судѣ. Остается еще добавить, что залогъ продуктовъ, безъ соблюденія указанныхъ формальностей, все же сохраняетъ свою силу въ отношеніи между сторонами, но не имѣетъ силы ни противъ арендодателя, ни противъ третьихъ лицъ вообще [1]).

Выше мы видѣли, что по законодательству нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ допускался залогъ движимости посредствомъ записи. Но въ общешвейцарскомъ законѣ объ обязательствахъ 1881 г. такой залогъ уже не допускается. Вопросъ о залогѣ движимости снова возникъ при составленіи гражданскаго уложенія для всей Швейцаріи. И въ проектѣ означеннаго уложенія имѣется цѣлый отдѣлъ, посвященный „записи движимости“. Составитель объяснительной записки къ этому проекту, проф. Губеръ, мотивируетъ необходимость допущеній залога движимости слѣдующими соображеніями. Бываютъ случаи, когда передача вещей заимодавцу невозможна, въ виду того, что вещи эти необходимы должнику для осуществленія своего занятія, своей профессіи и т. д. Возможныя же злоупотребленія при допущеніи закладной записи могутъ быть устранены надлежащей ея нормировкой. Кантональное законодательство, допускавшее залогъ движимости по записи, уже принимало нѣкоторыя мѣры для устраненія опасностей, какія можетъ повлечь за собою допущеніе закладной записи для добросовѣстнаго оборота движимостей. Мѣры эти заключались въ публичности записи, въ ограниченіи срока силы закладной записи, и въ предпочтеніи ручного заклада закладной записи безотносительно ко времени уста-

---

[1]) См. законъ 30 апрѣля 1906 года и объясненія къ нему у Dalloz'a, op, cit., за 1907 г., 4, стр. 8 и сл.

новленія заклада. Проектъ уложенія вводилъ еще нѣкоторыя ограниченія, изъ которыхъ главнѣйшимъ являлось допущеніе мобиліарной ипотеки только по отношенію къ нѣкоторымъ категоріямъ имущественныхъ цѣнностей [1]). Такими цѣнностями являлись, согласно проекту, только скотъ, движимый инвентарь предпріятій, запасы и товарные склады и то только въ томъ случаѣ, когда эти вещи служатъ собственнику для осуществленія профессіи или промысла. По отношенію къ скоту, запасамъ и товарнымъ складамъ, запись могла совершаться только въ обезпеченіе требованій кредитныхъ учрежденій и товариществъ, уполномоченныхъ кантональными властями заключать подобныя сдѣлки. Запись должна была вноситься въ „закладный протоколъ“ округа мѣстожительства закладчика и постояннаго мѣстонахожденія закладываемой вещи. Запись сохраняла свою силу только въ теченіе двухъ лѣтъ, съ правомъ, до истеченія двухлѣтняго срока, возобновить ее на тотъ же срокъ съ сохраненіемъ первоначальнаго старшинства. Если закладчикъ измѣнилъ свое мѣстожительство или если измѣнилось постоянное мѣстонахожденіе вещи, то запись теряетъ свою силу по истеченіи трехмѣсячнаго срока, если она за это время не будетъ перенесена въ протоколы соотвѣтственныхъ округовъ. Ручной закладъ пользуется во всѣхъ случаяхъ преимуществомъ передъ закладной записью. При залогѣ совокупности вещей, сила залога простирается на столько предметовъ, сколько указано въ соотвѣтственномъ инвентарѣ и сколько находится въ показанномъ мѣстѣ. По отношенію къ отдѣльнымъ выдѣленнымъ предметамъ, залогъ теряетъ свою силу, но за то предметы, включенные въ составъ совокупности, подчиняются, безъ дальнѣйшаго, дѣйствію залога (см. ст. 884—889 проекта 1900 г. и ст. 890—895 проекта 1904 г.).

Проектъ этотъ не получилъ, однако, силы закона. Швейцарское уложеніе пошло даже дальше швейцарскаго закона объ обязательствахъ. Въ ст. 210 этого закона кантональному законодательству предоставляется допустить залогъ скота любому лицу, посредствомъ одной лишь записи въ публичныя книги. А по ст. 885 швейц. гр. уложенія, скотъ можетъ быть закладываемъ, безъ передачи его заимодавцу, только въ обезпеченіе требованій кредитныхъ учрежденій и товариществъ, надлежащей кантональной властью уполномоченныхъ заключать такія сдѣлки.

Какъ же относится къ вопросу о передачѣ владѣній при

[1]) См. объясн. записку проф. Губера, стр. 758 и сл.

закладѣ движимости наше законодательство? Согласно ст. 1671 т. XV ч. 1, закладываемыя вещи, послѣ совершенія акта заклада и по составленіи описи симъ вещамъ, „отдаются заимодавцу за печатями свидѣтелей и заемщика“ [1]). Однако, наша судебная практика признаетъ закладъ въ силѣ (въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ) и въ томъ случаѣ, когда закладываемыя вещи не переданы заимодавцу, а остаются у должника. Но соотвѣтственныя рѣшенія гражд. деп. правит. сената нерѣдко толкуются неправильно. Г. Шендорфъ, напр., упрекая нашъ сенатъ въ неправильномъ толкованіи закона, говоритъ: „Сенатъ въ рядѣ рѣшеній (1872 г. № 975; 1875 г. №№ 231, 321, 658; 1876 г. № 273; 1878 г. № 117) проводитъ своеобразный взглядъ на передачу вещи кредитору, какъ на требованіе, которое установлено въ интересахъ залогодержателя (а не третьихъ лицъ) и которое, слѣдовательно, съ согласія послѣдняго, можетъ быть устранено“ [2]). Если бы г. Шендорфъ далъ себѣ трудъ ознакомиться съ соотвѣтственными сенатскими рѣшеніями, онъ бы такого мнѣнія о нашей практикѣ, разумѣется, не высказалъ. Но г. Шендорфъ знакомился съ сенатской практикой, повидимому, изъ вторыхъ рукъ. Это видно изъ того, что онъ ссылается только на тѣ сенатскія рѣшенія, которыя приведены въ статьѣ г. Змирлова [3]), цитируемой въ коментированномъ изданіи X тома Тютрюмова. Но ссылка г. Змирлова неточна, такъ какъ, напримѣръ, рѣшеніе 1875 г. за № 231 совершенно не касается закладнаго права; въ немъ трактуется исключительно вопросъ о полученіи вознагражденія повѣреннымъ. Ознакомленіе же съ подлинной практикой сената убѣдило бы г. Шендорфа въ томъ, что нашъ сенатъ совсѣмъ не придерживается взгляда на передачу вещи кредитору, какъ на требованіе, установленное въ интересахъ только залогодержателя, а не третьихъ лицъ. Въ рѣш. 1872 г. за № 891 дается недвусмысленный отвѣтъ на этотъ вопросъ. Прав. сенатъ высказываетъ здѣсь слѣдующія мысли. Если при закладѣ движимости соблюдены всѣ указанныя въ законѣ правила, въ томъ числѣ и передача вещей заимодавцу, „тогда вещное право, пріобрѣтенное кредиторомъ, въ силу заклада ему этой движимости, сохраняетъ обязательную силу не только въ отношеніи самого должника и его наслѣдниковъ, но

---

[1]) Я оставляю въ сторонѣ продажу въ разсрочку, при которой, по ст. 1509[3] т. X ч. 1, установлена легальная ипотека на проданныя вещи въ пользу продавца.

[2]) См. „Право“ за 1909 г. стр. 1534.

[3]) См. „Журналъ Гр. и Угол. Права“, 1885 г., кн. 7, стр. 107.

и въ отношеніи третьихъ лицъ, не участвовавшихъ въ совершеніи договора заклада, но вступившихъ впослѣдствіи въ какую-нибудь сдѣлку съ должникомъ касательно этого имущества. При этихъ условіяхъ, сдѣлка должника съ третьимъ лицомъ не можетъ имѣть никакого вліянія на объемъ правъ закладодержателя, укрѣпившаго и охранившаго свое закладное право въ порядкѣ, опредѣленномъ законами, такъ какъ третье лицо, при вступленіи въ эту сдѣлку, должно было имѣть въ виду нахожденіе вещей въ закладѣ. Но если кредиторъ не позаботился объ укрѣпленіи и охраненіи своего закладнаго права въ порядкѣ, указанномъ упомянутыми правилами,—если кредиторъ не воспользовался правомъ взять заложенныя вещи къ себѣ, а оставилъ ихъ у должника, въ такомъ случаѣ, существованіе вещнаго права кредитора на имущество, находящееся у собственника, остается совершенно неизвѣстнымъ третьему лицу, и третье лицо можетъ затѣмъ вступить съ собственникомъ въ сдѣлку относительно пріобрѣтенія этого имущества, не имѣя никакого основанія предполагать, что собственникъ ограниченъ въ правѣ распоряженія имуществомъ, состоящимъ въ его владѣніи. Въ подобномъ случаѣ закладное право, какъ неукрѣпленное и неохраненное кредиторомъ въ надлежащемъ порядкѣ, должно остаться безъ всякаго вліянія на дѣйствительность сдѣлки третьяго лица, относительно пріобрѣтенія имъ имущества у собственника, и на объемъ правъ третьяго лица на это имущество,—развѣ было бы доказано, что при совершеніи сдѣлки третье лицо знало о существованіи того закладнаго права кредитора".

Какъ видимъ, нашъ сенатъ въ этомъ рѣшеніи стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что кредиторъ по закладу можетъ отказаться отъ права взять вещи къ себѣ лишь постольку, поскольку это требованіе установлено въ его интересахъ, а не въ интересахъ третьихъ лицъ. При несоблюденіи этого требованія, закладъ сохраняетъ свою силу между сторонами. Поскольку же несоблюденіе этого требованія не гарантируетъ публичности закладнаго права, послѣднее не имѣетъ силы противъ третьихъ лицъ, не знавшихъ о фактѣ заклада.

И въ позднѣйшихъ своихъ рѣшеніяхъ сенатъ не измѣнилъ своей точки зрѣнія. Въ рѣшеніи того же 1872 г. за № 975 дѣло шло о залогѣ машинъ и всей движимости, находившихся въ мыльномъ заводѣ должника и оставленныхъ на заводѣ въ цѣляхъ дальнѣйшаго безостановочнаго его дѣйствія. Споръ шелъ только о силѣ

заклада между сторонами. И сенатъ (докладчикомъ при обоихъ рѣшеніяхъ былъ сенаторъ Г. Н. Мотовиловъ) рѣшилъ, что въ этомъ случаѣ закладъ дѣйствителенъ. А такъ какъ дѣло шло о заводскихъ машинахъ, то сенатомъ было высказано и слѣдующее, весьма цѣлесообразное, положеніе: „Могутъ быть случаи, гдѣ соблюденіе этой именно формальности (т. е. передачи вещей заимодавцу) представляется для кредитора невыгоднымъ потому, что лишаетъ должника возможности продолжать то самое предпріятіе, для котораго онъ учинилъ заемъ, и, извлекая изъ этого предпріятія выгоды, пріобрѣтать средства для своевременнаго возвращенія занятаго капитала". Далѣе, въ этомъ же рѣшеніи отмѣчается и то, что, „оставляя заложенное имущество у должника, кредиторъ, безъ сомнѣнія, принужденъ подчиниться и всѣмъ послѣдствіямъ такого своего распоряженія".

Рѣшенія 1875 г. за № 321 и 1876 г. за № 273 содержатъ въ себѣ только ссылки на прежнія рѣшенія. Кромѣ того, въ рѣш. 1876 г. за № 273 прямо указывается, что, если кредиторъ удовлетворяется меньшими требованіями, то это обстоятельство не можетъ служить во вредъ третьихъ лицъ. Въ рѣш. же 1875 г. за № 658 прямо сказано: „Цѣль означеннаго закона (т. е. ст. 1671 т. X) заключается въ томъ, чтобы интересы, какъ договаривающихся сторонъ, такъ и третьихъ лицъ, которыя могутъ имѣть претензіи на имущество должника, „оградить отъ злоупотребленій, подлога или отъ растраты". И далѣе, опять со ссылкою на рѣш. 1872 г. за №№ 891 и 975, указывается на то, что передача заложенныхъ вещей отъ залогодателя къ залогопринимателю составляетъ право залогопринимателя, которымъ онъ можетъ воспользоваться на свой страхъ, и одна непередача залогопринимателю вещей, ему заложенныхъ, не дѣлаетъ актъ недѣйствительнымъ. Наконецъ, въ рѣш. 1878 г. за № 117 дается отвѣтъ на общій вопросъ о силѣ закладнаго права противъ третьихъ лицъ, при непередачѣ заимодавцу заложенныхъ вещей. И прав. сенатъ, опять ссылаясь на рѣш. 1872 г. за № 891, находитъ, что „если кредиторъ не позаботился объ укрѣпленіи и охраненіи своего закладнаго права въ порядкѣ, указанномъ приведенными правилами, то и сдѣлка о закладѣ не можетъ служить для него основаніемъ къ преимущественному удовлетворенію передъ другими кредиторами, претензіи коихъ не обезпечены залогомъ".

Эта точка зрѣнія поддерживается сенатомъ и въ рѣшеніи гр.

кассац. департамента отъ 1901 года за № 6, гдѣ, между прочимъ, высказано также и правило, „что соблюденіе всѣхъ формальностей, установленныхъ 1671 ст. X т. 1 ч. для заклада движимыхъ имуществъ, какъ то: приложеніе къ нимъ печатей и передачи ихъ заимодавцу, совершенно непримѣнимо къ постройкамъ", возведеннымъ на чужой землѣ, а посему закладъ такихъ построекъ дѣйствителенъ и безъ передачи ихъ во владѣніе заимодавцу.

Сводя воедино всѣ эти рѣшенія, можно придти къ выводу, что по вопросу о передачѣ владѣнія при закладѣ движимости нашъ сенатъ придерживается слѣдующаго взгляда. Одна непередача заложенной вещи заимодавцу еще не дѣлаетъ самый актъ заклада недѣйствительнымъ. Закладъ, въ этомъ случаѣ, сохраняетъ свою силу какъ противъ самого закладчика, такъ и противъ третьихъ лицъ, знавшихъ при заключеніи сдѣлки съ закладчикомъ этой вещи о фактѣ заклада. Другія же заинтересованныя третьи лица могутъ оспаривать силу такого заклада, доказывая, что закладъ, вслѣдствіе несоблюденія указанной формальности, остался для нихъ нераспознаваемымъ. Исключеніе представляетъ собою только закладъ построекъ, признаваемыхъ движимостью, при каковомъ закладѣ одно несоблюденіе требованія передачи ихъ заимодавцу все же не лишаетъ его силы противъ всѣхъ третьихъ лицъ.

Согласно ст. 8 устава государственнаго банка, послѣднему „предоставляется оставлять въ пользованіи или на храненіи заемщиковъ принимаемыя отъ нихъ, въ обезпеченіе ихъ обязательствъ, движимыя имущества съ тѣмъ, чтобы означеннымъ имуществамъ была составляема опись въ присутствіи не менѣе трехъ свидѣтелей и чиновъ мѣстной полиціи, и чтобы на оныя были налагаемы видимые знаки пріема ихъ въ закладъ (печати, пломбы, клейма и т. п.), если сіе по роду имущества окажется возможнымъ. При неналоженіи на имущество такихъ знаковъ, закладное право банка на это имущество не имѣетъ силы по отношенію къ третьимъ лицамъ, вступившимъ въ сдѣлки съ заемщикомъ банка". Здѣсь, мы, такимъ образомъ, также имѣемъ случай заклада движимости безъ передачи ея заимодавцу. Но въ интересахъ публичности, на эту движимость должны быть налагаемы видимые знаки пріема ея въ закладъ, если это окажется возможнымъ. Если же наложить такіе знаки окажется невозможнымъ, то, очевидно, закладъ сохранитъ свою силу, и при несоблюденіи этой формальности, противъ всѣхъ третьихъ лицъ. Какъ видимъ, въ этомъ случаѣ интересы публичности были бы значительно лучше гарантированы занесеніемъ факта такого за-

клада въ соотвѣтственный реестръ. Но и при неналоженіи видимыхъ знаковъ закладъ все же сохраняетъ свою силу въ отношеніяхъ между сторонами, и только закладное право банка на это имущество не имѣетъ силы противъ третьихъ лицъ, вступившихъ въ сдѣлки съ заемщикомъ банка, *не зная о состоявшемся закладѣ*. Если же видимые знаки были наложены при установленіи закладнаго права банка, но затѣмъ были уничтожены, то сохраняетъ ли свою силу закладное право банка противъ третьихъ лицъ, хотя бы и добросовѣстно вступившихъ въ сдѣлку съ заемщикомъ банка? Вопросъ этотъ восходилъ на разсмотрѣніе сената и былъ разрѣшенъ слѣдующимъ образомъ: „закладное право государственнаго банка по отношенію къ третьимъ лицамъ не можетъ быть поколеблено тѣмъ обстоятельствомъ, что впослѣдствіи съ заложеннаго имущества видимые знаки были умышленно стерты, ибо только неналоженіе видимыхъ знаковъ *во время залога* поражаетъ, какъ буквально сказано въ законѣ, закладное право залогопринимателя предъ третьимъ лицомъ, а не отсутствіе ихъ при вторичномъ закладѣ. Знаки эти были устранены съ цѣлью получить на заложенное уже имущество новую ссуду отъ другого лица, интересы котораго только и были нарушены такимъ дѣйствіемъ, и передъ нимъ только является отвѣтственнымъ залогодатель, а право государственнаго банка отъ этого пострадать не должно„ (рѣш. 1907 г., № 99). И изъ этого случая также можно убѣдиться, насколько интересы третьихъ лицъ были бы лучше обезпечены занесеніемъ заклада въ реестръ, т. е. установленіемъ для ссудъ государственнаго банка ипотеки или залога движимости.

При составленіи проекта нашего гражданскаго уложенія, въ средѣ редакціонной комиссіи также возникалъ вопросъ: не слѣдуетъ ли постановить особыя правила *вообще* для тѣхъ случаевъ, когда закладъ можетъ быть установленъ безъ передачи закладываемаго имущества во владѣніе закладодержателя? Составители нашего проекта отвѣтили на этотъ вопросъ отрицательно. Они при этомъ совершенно не считались ни съ сенатской практикой по закладу строеній, возведенныхъ на чужой землѣ, ни съ высказаннымъ выше мнѣніемъ сената, что „могутъ быть случаи, гдѣ соблюденіе этой именно формальности (т. е. передачи вещей заимодавцу) представляется для кредитора невыгоднымъ потому, что лишаетъ должника возможности продолжать то самое предпріятіе, для котораго онъ учинилъ заемъ, и, извлекая изъ этого

предпріятія выгоды, пріобрѣтать средства для своевременнаго возвращенія занятаго капитала". Исключеніе сдѣлано составителями нашего проекта только для заклада морскихъ и рѣчныхъ судовъ.

По окончаніи доклада открылись пренія.

А. Ф. Брандтъ указалъ, что, не смотря на стройность и обстоятельность доклада, онъ позволяетъ себѣ отнестись къ основной его мысли съ нѣкоторымъ скептицизмомъ. Повидимому, такъ относятся къ дѣлу и во Франціи, гдѣ, по словамъ докладчика, самъ законъ призналъ необходимымъ изъять изъ дѣйствія правилъ „о залогѣ движимости" товаръ въ оборотѣ, а коммерческіе суды, т. е. наиболѣе близкіе къ дѣловымъ сферамъ органы правосудія, стремятся къ ограничительному толкованію юридическихъ нормъ, разрѣшающихъ этотъ залогъ. Дѣйствительно, даже съ принципіальной, логической точки зрѣнія, представляется страннымъ допустимость „залога" тѣхъ элементовъ торговаго предпріятія, которые въ докладѣ обозначены терминомъ „невещественныя цѣнности" (напр. кліентуры, реномэ торговаго предпріятія и проч.). Помимо того, съ практической, экономической точки зрѣнія, тому благодатному расширенію сферы кредита, на которое указываетъ докладчикъ, можетъ быть противопоставлена серьезная опасность, грозящая, благодаря допустимости залога (а не заклада) движимости правамъ третьихъ лицъ. Уравновѣшиваются ли эти крайне нежелательныя послѣдствія новыхъ правилъ тѣми выгодами, которыя сопряжены съ бо́льшимъ оживленіемъ оборота? Едва ли мы располагаемъ достаточнымъ матеріаломъ для того, чтобы дать на этотъ вопросъ категорическій отвѣтъ въ утвердительномъ смыслѣ. Засимъ, блага кредита могутъ зачастую оказаться мнимыми, даже и по отношенію къ самому торговцу, приступающему къ залогу своего предпріятія. Часто въ основѣ такого залога будетъ лежать недобросовѣстность или легкомысленный оптимизмъ, стремящійся искусственно продлить существованіе предпріятія, дышущаго на ладанъ. Поэтому оппоненту кажется, что вопросъ о желательности новой формы залога можетъ быть разрѣшенъ не общими юридическими соображеніями, а примѣнительно къ экономическому быту данной конкретной страны въ опредѣленной эпохѣ. Что касается нашего отечества, то безбрежное развитіе въ немъ

кредита, хотя бы и не обладающаго свойствомъ солидности, едва ли особенно желательно, и главная забота законодателя, повидимому, съ наибольшею пользою можетъ быть направлена въ противоположную сторону, а именно, къ прочному обезпеченію правъ и законныхъ интересовъ отъ грозящихъ имъ нарушеній. Къ тому же организація правильныхъ записей о залогѣ движимости, если и возможна въ крупныхъ центрахъ, то едва ли можетъ имѣть мѣсто въ деревняхъ и селахъ, и, такимъ образомъ, для массы населенія предлагаемое новшество не имѣло бы практическаго значенія.

Б. Л. Гершунъ указалъ, что онъ, также какъ и докладчикъ, признаетъ желательнымъ введеніе въ Россіи мобиліарнаго кредита съ оставленіемъ предмета заклада во владѣніи закладчика. Жизнь настойчиво выдвигаетъ потребность такой формы мобиліарнаго кредита, и она не чужда ни нашему закону, ни судебной практикѣ. Такъ, законъ устанавливаетъ (правда, особо для каждаго случая) закладъ всего движимаго имущества (вмѣстѣ съ недвижимымъ) акціонерными обществами въ обезпеченіе облигаціоннаго долга. По условіямъ выпуска облигацій, послѣднія пользуются вещнымъ обезпеченіемъ и во всемъ движимомъ имуществѣ должника, акціонернаго общества, преимущественно предъ всѣми другими долгами общества, причемъ на недвижимое имущество налагается запрещеніе, а движимое имущество, по самому свойству публичнаго займа, не передается кредиторамъ, требованіе коихъ движимость обезпечиваетъ, а остается у должника. Тѣмъ не менѣе, и спеціальный законъ (условія выпуска) признаетъ за облигаціонерами преимущества въ удовлетвореніи изъ движимаго имущества предъ всѣми другими долгами общества, и судебная практика не отрицаетъ этого права за облигаціонерами. Впрочемъ, въ ближайшемъ будущемъ этотъ вопросъ получитъ свое разрѣшеніе (и несомнѣнно въ смыслѣ признанія силы заклада движимаго имущества и въ отношеніи къ третьимъ лицамъ), во второмъ Общемъ Собраніи Правительствующаго Сената, по дѣлу конкурса по дѣламъ Истьинскаго общества. Въ одномъ случаѣ Правительствующій Сенатъ по Судебному Департаменту, уступая настойчивымъ требованіямъ торговаго оборота, призналъ силу заклада товара въ оборотѣ, остававшагося въ магазинѣ должника, въ отношеніи къ другимъ личнымъ кредиторамъ того же долж-

ника. Невозможность закрыть магазинъ и вообще торговое предпріятіе сильно стѣсняетъ торговый міръ, и насколько велика эта потребность, видно изъ того, что отсутствіе закона, гарантирующаго закладодержателя и третьихъ лицъ, не останавливаетъ заключенія кредитныхъ сдѣлокъ подъ обезпеченіе движимостью, долженствующей, по своему свойству, оставаться у должника, и приводитъ лишь къ обходнымъ формамъ. Всѣмъ извѣстны формы заклада аптекъ, какъ имущественнаго комплекса, состоящаго изъ такъ называемой „привилегіи", арендnаго договора на помѣщеніе аптеки, обстановки и товара. Невозможность примѣненія къ этого рода имуществу формальностей, предписываемыхъ ст. 1671 т. X ч. I, заставляетъ должника и кредитора прибѣгнуть къ симулятивнымъ сдѣлкамъ—запродажѣ аптеки кредитору съ правомъ обратнаго выкупа должникомъ за сумму долга и съ отдачею симулятивнымъ покупщикомъ должнику аптеки въ аренду. И любопытно то, что судебныя установленія, встрѣчаясь съ такими сдѣлками, при столкновеніи интересовъ кредитора-залогодержателя съ интересами личныхъ кредиторовъ, признаютъ запродажи симулятивными, прикрывающими собою закладъ, и даютъ защиту преимущественно правамъ кредитора по закладу въ отношеніи къ личнымъ кредиторамъ. Практика знаетъ и закладъ другого рода торговыхъ заведеній путемъ такихъ же симулятивныхъ сдѣлокъ и потому, разъ есть несомнѣнная потребность въ такой формѣ мобиліарнаго кредита, то надо дать законный выходъ этой потребности и путемъ установленія регистраціи торговыхъ заведеній или залоговыхъ реестровъ создать возможность введенія мобиліарнаго кредита подъ имущество, остающееся у должника. Возможны, конечно, и злоупотребленія, особенно въ нашемъ торговомъ быту, не отличающемся особою добросовѣстностью, но законъ разсчитываетъ на здоровый оборотъ, а противъ злоупотребленій надо, примѣнительно къ условіямъ быта, вооружиться тѣми средствами, на которыя указываетъ референтъ, напримѣръ, предоставить право выдачи ссудъ только кредитнымъ установленіямъ. Въ виду всего этого, Б. Л. Гершунъ полагаетъ, что докладъ является весьма своевременнымъ и выводы его не могутъ не быть привѣтствуемы людьми практики.

С. Ѳ. Кавалліоти находитъ, что докладчикъ не выяснилъ вовсе своего отношенія къ слѣдующему, весьма важному въ

данной области, вопросу: слѣдуетъ ли признать желательнымъ допущеніе залога (ипотеки) движимости въ отношеніи лишь опредѣленныхъ въ законѣ экономическихъ комплексовъ движимаго имущества, какъ напримѣръ товаръ въ предпріятіи (въ оптовомъ или въ розничномъ складѣ), или безъ всякихъ ограниченій въ отношеніи ко всякой движимости, какова бы ни была ея цѣнность и ея экономическое предназначеніе. Если допустить второе, то-есть признать ипотеку всякой движимости, то легко въ жизни можетъ получиться своего рода ипотечное пресыщеніе, т. е. оборотъ сталъ бы страдать отъ чрезмѣрнаго распространенія такого рода ипотекъ. Но въ такомъ случаѣ подорвался бы главный рычагъ экономическаго процвѣтанія—личный кредитъ. Ибо не существовало бы никакихъ гарантій—того, что принадлежащее нуждающемуся въ кредитѣ движимое имущество обременено настолько ипотеками, что въ конечномъ итогѣ собственникъ есть только кажущійся обладатель какого-либо имущества. Но приносить личный кредитъ въ жертву кредиту реальному, значеніе котораго сравнительно съ личнымъ представляется при современныхъ экономическихъ условіяхъ субсидіарнымъ, представляется по меньшей мѣрѣ нежелательнымъ. Кромѣ этого соображенія, нельзя допустить ипотеку въ отношеніи всякаго вообще движимаго имущества еще и потому, что нельзя будетъ сохранить публичный характеръ ипотеки, а безъ такого характера она, не будучи вовсе обязательна для добросовѣстнаго третьяго лица, будетъ лишена широкаго значенія. Иное дѣло экономическіе комплексы—въ родѣ товара въ предпріятіи, фирма и т. д. Въ ихъ отношеніи возможно сохраненіе такой публичности, такъ какъ ведутся или могутъ вестись особыя о томъ реестровыя книги.

Н. А. Якушевъ. Отдавая вполнѣ заслуженную дань уваженія внимательному труду докладчика, оппонентъ, по прослушаніи его, все же намѣревался сдѣлать кое-какія замѣчанія; теперь они оказались почти всѣ исчерпанными предыдущими оппонентами и ему остается сказать развѣ нѣсколько словъ въ развитіе сдѣланныхъ замѣчаній. При склонности докладчика къ защитѣ той мысли, что при установленіи реальнаго обезпеченія кредита, желательно возможно менѣе стѣснять формальностями установленіе залоговаго права на движимыя вещи вообще и въ особенности передачей заклады-

ваемаго предмета залогодержателю, онъ, докладчикъ, по мнѣнію оппонента, не достаточно разработалъ отрицательныя стороны такого сокращенія формальностей, которыми очень существенно затрагиваются интересы третьихъ лицъ, добросовѣстно входящихъ въ сдѣлку относительно оставленныхъ у должника, но заложенныхъ имъ вещей. Въ данное время законодательства стоятъ на требованіи передачи закладываемой вещи залогодержателю. Устраненіе этого требованія оппонентъ находитъ довольно опаснымъ. Также недостаточно разработана сторона практическаго осуществленія идеи доклада, поскольку это необходимо для огражденія интересовъ упомянутыхъ третьихъ лицъ. Если бы съ этими двумя существенными недостатками удалось удовлетворительно справиться законодателю, тогда подобное улучшеніе, конечно, оставалось бы только привѣтствовать. Помимо многихъ другихъ положительныхъ сторонъ, достаточно указать на то, какое большое благо представило бы подобное облегченіе среднему и малому предпринимателю, промышленнику или ремесленнику, нуждающемуся въ кредитѣ, обезпечить который онъ могъ бы своимъ движимымъ имуществомъ только при условіи непередачи таковаго залогодержателю. Такой предприниматель данною мѣрою былъ бы избавленъ отъ тяготѣющей надъ нимъ теперь необходимости заискивать передъ личностями состава учетнаго комитета кредитныхъ установленій, нерѣдко злоупотребляющихъ своею властью въ этой области. Факторъ личнаго довѣрія замѣнился бы реальнымъ объектомъ обезпеченія.

С. А. Бѣляцкинъ вполнѣ присоединяется къ положеніямъ доклада. Дѣйствительно, жизнь выдвигаетъ потребность обезпечить и въ пользу обладателей движимаго имущества вещный кредитъ. При той крупной роли, которую въ настоящее время играетъ вообще кредитъ, и при томъ широкомъ значеніи, которое въ современномъ быту присуще и движимымъ имуществамъ, ипотека движимости представляется институтомъ весьма желательнымъ, но проведеніе въ жизнь этого института тормозилось до сихъ поръ, главнымъ образомъ, традиціоннымъ взглядомъ на безусловную необходимость передачи при закладѣ движимаго имущества. Однако же, потребности жизни выдвигаютъ нужду въ освобожденіи оборота отъ этой формальности, каковой представляется фактическая передача движимости. Этотъ институтъ безусловно устарѣлъ и

отрѣшиться отъ него представляется крайне желательнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, въ наше время быстраго и безпрерывнаго оборота представляется обременительнымъ требованіе, чтобы закладываемая вещь исключалась изъ оборота. Наоборотъ, вещь должна правильно и безпрестанно утилизироваться наиполезнѣйшимъ образомъ, а такая наилучшая утилизація немыслима при временномъ отнятіи таковой отъ собственника и передачи ея закладопринимателю въ цѣляхъ обезпеченія кредита, ибо, въ такихъ случаяхъ, вещь будетъ лежать безъ пользованія, обратится въ мертвый капиталъ. Случаи, когда вмѣстѣ съ предоставленіемъ вещи кредитору предоставляется также и пользованіе ею—сравнительно рѣдки и посему большой роли въ оборотѣ играть не могутъ. Однако же, возражая противъ ненужности передачи, говорятъ, что отъ этого пострадаютъ интересы третьихъ лицъ. Но вѣдь третьи лица, все равно, будутъ страдать отъ недобросовѣстности кредиторовъ и въ этомъ отношеніи требованіе передачи мало имъ помогаетъ. Правительствующій Сенатъ, идя навстрѣчу потребностямъ жизни, допустилъ существенное расширеніе права кредиторовъ оставлять вещь у должника. И наше законодательство также не чуждо этого принципа, создавъ цѣлый институтъ продажи въ разсрочку.

Отвѣчая на вопросъ, поставленный однимъ изъ предыдущихъ оппонентовъ о томъ, желательно-ли допущеніе ипотеки въ отношеніи каждой движимости вообще, или только въ отношеніи опредѣленныхъ экономическихъ комплексовъ таковыхъ, С. А. Бѣляцкинъ считаетъ всякія ограниченія въ этомъ отношеніи излишними и потому признаетъ желательнымъ допущеніе ипотеки движимости въ самомъ широкомъ смыслѣ. Останавливаясь на дѣйствующемъ у насъ законодательствѣ, оппонентъ подчеркиваетъ, что наши законы не допускаютъ залога цѣлыхъ предпріятій; это подтверждается недопущеніемъ въ отношеніи такихъ предпріятій принудительной продажи. Такое положеніе должно быть безусловно измѣнено. Въ заключеніе, оппонентъ одобряетъ вполнѣ занятую докладчикомъ позицію; къ сожалѣнію, наше дѣйствующее право далеко отъ разрѣшенія вопроса въ защищаемомъ докладчикомъ смыслѣ.

Н. А. Якушевъ, возражая противъ замѣчанія С. А. Бѣляцкина о томъ, что въ данное время не приходится защи-

щать отживающій институтъ передачи, указываетъ, что, по законодательствамъ почти всѣхъ странъ, для дѣйствительности заклада требуется передача вещи залогодержателю, что жизнь только еще выдвигаетъ нужду въ сокращеніи этой формальности, что теоретики только еще дѣлаютъ попытку обосновать эти сокращенія, что при такихъ условіяхъ передачу вещи при закладѣ назвать институтомъ вымирающимъ, онъ, Якушевъ, не рѣшился бы.

Докладчикъ прежде всего объясняетъ, что цѣль доклада заключается въ объективномъ ознакомленіи Юридическаго Общества съ положеніемъ вопроса. Докладчикъ не рѣшился бы въ этомъ спорѣ стать опредѣленно на ту или другую сторону, въ особенности же по вопросу о томъ, представляется ли желательнымъ съ точки зрѣнія legis ferendae для Россіи введеніе ипотеки движимости или нѣтъ. Однимъ изъ оппонентовъ было высказано соображеніе, что это есть стремленіе поддержать слабое предпріятіе, но такое возраженіе навряд ли представляется существеннымъ, ибо существуютъ весьма крупныя предпріятія, все имущество которыхъ заключается исключительно въ движимости. Было сдѣлано другое возраженіе о томъ, что будетъ представляться затруднительнымъ веденіе ипотечныхъ книгъ, но эти затрудненія чисто технической характера, которыя, сами по себѣ, не могутъ служить препятствіемъ къ введенію полезнаго института. Третье возраженіе, которое дѣлается противъ введенія института ипотеки движимости, заключается въ необезпеченности интересовъ третьихъ лицъ. Противъ этого возраженія слѣдуетъ указать на то, что при правильномъ веденіи книгъ и при легкости ознакомленія съ ними, распознаваніе ипотеки не будетъ представлять такихъ трудностей, изъ за которыхъ слѣдовало бы отвергнуть принятіе этого института. Противники изслѣдуемаго нами института указываютъ на то, что въ каждомъ торговомъ предпріятіи заключается не матеріальный элементъ, представляющій однако-же экономическую цѣнность, который не можетъ подлежать принудительному отчужденію, а посему и залогу, который именно предполагаетъ возможность принудительной продажи въ случаѣ неуплаты по займу. Къ такимъ идеальнымъ элементамъ слѣдуетъ отнести имя фирмы, контингентъ ея постоянныхъ кліентовъ, болѣе или менѣе удачное мѣстоположеніе и т. д. Навряд ли, однакоже, можно

согласиться съ тѣмъ, что весь комплексъ этихъ нематеріальныхъ элементовъ, представляя изъ себя экономическую цѣнность, не можетъ быть предметомъ принудительнаго отчужденія. Въ жизни на каждомъ шагу мы встрѣчаемся съ продажами фирмъ, отдѣльно отъ принадлежащихъ имъ товаровъ, а разъ добровольная продажа возможна, то почему была бы невозможна принудительная продажа или залогъ.

Докладчикъ останавливается затѣмъ на оцитированномъ однимъ изъ оппонентовъ рѣшеніи Сената, въ коемъ сдѣлана ссылка на другое рѣшеніе Общаго Собранія, относящееся къ вопросу объ обязанности возвращенія собственнику похищенной вещи, позже заложенной въ ломбардѣ. Принятая Сенатомъ аналогія для опредѣленія силы и значенія двухъ послѣдовательныхъ залоговъ, съ институтомъ похищенныхъ вещей, подлежащихъ возвращенію, кому бы они не достались, представляется несостоятельной. Здѣсь слѣдовало бы исходить изъ другого принципа, гласящаго Hand wahre Hand.

По поводу сдѣланнаго Н. А. Якушевымъ замѣчанія о недопустимости залога тамъ, гдѣ невозможна публичность, докладчикъ соглашается съ тѣмъ, что въ такихъ случаяхъ при столновеніи съ добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ залоговое право теряетъ передъ послѣднимъ свою силу.

Предсѣдательствующій В. М. Нечаевъ. Вопросъ представляется весьма важнымъ и отвѣчаетъ насущнѣйшимъ потребностями жизни; онъ весьма подробно освѣщенъ въ докладѣ съ разныхъ сторонъ. Пренія доказали это въ достаточной мѣрѣ. Не повторяя возраженій сдѣланныхъ оппонентами въ отдѣльности, В. М. Нечаевъ, суммируя выяснившія въ теченіе преній тенденціи, констатируетъ, что большинство высказалось за допущеніе ипотеки движимости, что указываетъ на существующую потребность въ допущеніи таковой. Нѣкоторые изъ предъидущихъ оппонентовъ указывали, какъ жизнь, наперекоръ законамъ, идетъ навстрѣчу этой потребности различными обходными путями; таковы, напримѣръ, случаи запродажи аптекъ, подъ которыми, въ дѣйствительности, кроется залогъ таковыхъ, что неоднократно признавалось также и судами. Равнымъ образомъ, весьма правильно сдѣланное однимъ изъ оппонентовъ указаніе на необходимость признать залоговое право облигаціонеровъ не только въ отношеніи недвижимаго имущества, но въ отношеніи и движимаго.

Достиженіе извѣстныхъ результатовъ въ юридической жизни обходными путями, представляется безусловно явленіемъ ненормальнымъ. Необходима законодательная нормировка для того, чтобы дать возможность жизни выливать въ легальную форму то, въ чемъ она чувствуетъ потребность. Другими словами, законъ долженъ санкціонировать ипотеку движимости. Но разрѣшеніе этого вопроса находится въ тѣсной и неразрывной связи съ другимъ вопросомъ, а именно необходимо для этого найти средства обезпечивающія правильное функціонированіе этого института и устраненіе на этой почвѣ возможныхъ злоупотребленій, о которыхъ весьма убѣдительно говорилось въ теченіи преній. До тѣхъ поръ, пока эти обезпечительныя средства не найдены, весьма трудно говорить о возможности допущенія залога и о тѣхъ результатахъ, которые этимъ допущеніемъ будутъ достигнуты. Впрочемъ, нужно замѣтить, что эти обезпечительныя средства имѣютъ нѣсколько относительное значеніе. Предъидущими оппонентами указывалось, главнымъ образомъ, на необходимость обезпечить интересы третьихъ лицъ; оратору, однакоже, кажется болѣе существеннымъ и настоятельнымъ обезпеченіе кредитора, а не третьихъ лицъ, ибо при широкомъ допущеніи залога движимости скорѣе возможно злоупотребленіе во вредъ кредитора. Наилучшій примѣръ такихъ злоупотребленій даетъ намъ въ жизни продажа въ разсрочку, каковой институтъ вызвалъ спеціальные законы. Впрочемъ, жизнь доказала, что, несмотря на весьма частыя злоупотребленія, тѣмъ не менѣе, крупныя предпріятія, развивая въ широкихъ размѣрахъ операцію продажи на срокъ, остаются всегда въ выгодѣ. Происходитъ это оттого, что тѣ сравнительно не крупныя потери, которыя происходятъ вслѣдствіе недобросовѣстности покупщиковъ, покрываются съ лихвой большими выгодами весьма широкаго оборота. Итакъ, слѣдуетъ признать за интересами оборота превалирующее значеніе, и, если трактуемый нами институтъ залога движимости вызываетъ зачастую коллизію между интересами третьихъ лицъ и интересами оборота, за послѣдними слѣдуетъ признать преимущество. Съ этой точки зрѣнія, возраженія нѣкоторыхъ изъ оппонентовъ о необезпеченности интересовъ третьихъ лицъ, теряютъ, въ значительной мѣрѣ, свое значеніе.

Въ сущности, весь споръ относительно залога движимости

сводится къ коллизіи двухъ интересовъ, а именно: интересовъ простыхъ кредиторовъ и интересовъ заручившихся обезпеченіемъ путемъ залога. Но, если принять во вниманіе, что принципъ оцѣнки кредитоспособности должника по находящейся въ его владѣніи движимости (обстановка и т. д.) все болѣе отживаетъ при возможности пріобрѣтать движимость въ кредитъ, что эта бытовая мѣрка не имѣетъ болѣе значенія, то спрашивается: во имя чего интересы этихъ третьихъ лицъ, ничѣмъ не введенныхъ въ заблужденіе относительно наличности движимаго имущества у должника, должны служить препятствіемъ къ допущенію, столь полезнаго во многихъ другихъ отношеніяхъ, института ипотеки движимости. Въ частности, ипотека скота представляется весьма желательной, такъ какъ дѣло происходитъ въ такихъ случаяхъ въ деревнѣ, гдѣ легко слѣдить за судьбой заложенной вещи. Во время преній было затронуто много и другихъ весьма интересныхъ вопросовъ; не касаясь каждаго въ отдѣльности, ораторъ обращаетъ вниманіе общества на весьма интересный вопросъ, бывшій на разсмотрѣніи Правительствующаго Сената и вызвавшій много споровъ какъ въ литературѣ, такъ и въ сегодняшнихъ преніяхъ, а именно, вопросъ о томъ, насколько срываніе печати съ заложенной вещи можетъ быть отождествлено съ похищеніемъ таковой, парализующимъ значеніе добросовѣстности третьяго пріобрѣтателя. Ораторъ сомнѣвается въ правильности рѣшенія Правительствующаго Сената, принявшаго такую аналогію и признавшаго, въ извѣстномъ спорѣ, преимущественное право за первымъ залогопринимателемъ, несмотря на доказанность добросовѣстности второго залогопринимателя.

Въ заключеніе, останавливаясь на общей оцѣнкѣ прочитаннаго доклада, *предсѣдательствующій В. М. Нечаевъ* подчеркнулъ какъ интересъ таковаго, такъ и весьма удачную и подробную его разработку; отъ имени Общества онъ выразилъ докладчику благодарность и высказалъ надежду, что какъ докладъ, такъ и пренія не останутся безъ вліянія на предстоящія работы по реформированію нашего гражданскаго права.

Затѣмъ засѣданіе было закрыто въ 12 час. вдч.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

19 октября 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^1/_2$ часовъ вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія общества *В. М. Гессена*.

Предметомъ занятій служилъ докладъ *К. І. Зайцева*: *„Монархическій принципъ и его возникновеніе въ Германіи“*.

Тезисы доклада:

I) Монархическій принципъ является традиціей германской политической мысли. Между тѣмъ, его выводятъ изъ Франціи. Малая вѣроятность такого предположенія и ошибки, въ немъ заключающіяся. Различіе монархическаго принципа и легитимизма. Возникновеніе монархическаго принципа должно и можетъ быть объяснено мѣстными германскими условіями.

II) *Монархическій принципъ* (*монархъ—носитель всей государственной власти*) есть адэкватное теоретическое выраженіе германской политической жизни 1-ой четверти 19-го вѣка. Пока конституціонный вопросъ остается на словахъ, о монархическомъ принципѣ нѣтъ рѣчи: ни Вѣнскій конгрессъ (1815 г.), ни первые конституціонные проекты отдѣльныхъ германскихъ государствъ его не знаютъ. Когда же наступаетъ моментъ конституціоннымъ идеямъ перейти въ жизнь, на сцену властно выступаетъ монархическій принципъ, какъ единственная возможность объединенія противорѣчивыхъ элементовъ Германской жизни. Все толкаетъ мысль въ сторону монархическаго принципа:

1) Абсолютизмъ принужденъ пересмотрѣть тѣ теоретическія положенія, на которыя онъ раньше опирался.

2) Идея народнаго суверенитета чужда германской мысли; народъ не сознаетъ себя еще органомъ государства, а лишь подданными, подвластными, что въ громадной степени уменьшаетъ удѣльный вѣсъ конституціонной идеи и придаетъ народному представительству пассивный характеръ: цѣлью его признается огражденіе отъ злоупотребленій, а не участіе въ государственной власти.

3) Кромѣ того, и это главное—конституціонная идея компрометтируется тѣмъ, что съ фатальной необходимостью сливается со

старыми сословными притязаніями, на мѣсто парламента подставляются старые чины съ ихъ вѣковыми правами, вызывается къ жизни средневѣковое сословное государство. Конституціонная идея, по существу объединяющая, превращается въ свою противоположность, принимая подъ свою защиту всѣ центробѣжныя стремленія, чѣмъ окружаетъ новымъ ореоломъ монархическую власть, какъ представительницу единства государства. Ständisches Princip рождаетъ monarchisches Princip.

Доказательство двухъ послѣднихъ положеній на примѣрѣ конституціонной исторіи Вюртемберга, гдѣ впервые (1816 г.) явилась формула монархическаго принципа и откуда она рецепирована другими конституціями.

III) Монархическій принципъ, какъ доктрина государства, гдѣ самоограниченіе монархической власти произошло не въ силу исторической внутри-государственной необходимости, а въ виду какихъ-либо внѣшнихъ обстоятельствъ: роль партикуляризма въ германской конституціонной исторіи.

IV) Монархическій принципъ носитъ по существу своему временный и чисто теоретическій характеръ. Причины, объясняющія превращеніе его въ политическій постулатъ, господствующій до сихъ поръ въ германскомъ государственномъ правѣ; роль союза его организаціи и практической дѣятельности, превратившей монархическій принципъ въ основу дѣйствующаго германскаго государственнаго права [1]).

По открытіи засѣданія слово было предоставлено *докладчику К. І. Зайцеву*, сообщившему слѣдующее:

---

[1]) ЛИТЕРАТУРА ПРЕДМЕТА:

Treitschke. Deutsche Geschichte im 19-ten Jahrhundert. B. I—III.—Meinecke. Das Zeitalter der Deutschen Erhebung. 1905.—Его же Weltbürgertum und Nationalstaat. 1908.—Zwidineck—Südenhorst. Deutsche Geschichte von der Auflösung des alten bis zur Errichtung des neuen Kaiserreiches. B. I—II. 1897.—Kaufmann. Politische Geschichte Deutschlands in 19-ten Jahrhundert.—Schmidt. Geschichte der deutschen Verfassungsfrage während der Befreiungskriege und des Wiener Kongresses (herausgegeben von A. Stern). 1890.—Klüber. Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Kongresses. 1816.—Stahl. Das monarchische Princip. 1845.—Градовскій. Германская конституція. 1875 г.—Hagen. Ueber die öffentliche Meinung in Deutschland von der Freiheitskriegen bis zu den Karlsbader Beschlüssen (Raumers historisches Taschenbuch). 1846.—Varnagen v. Ense. Denkwürdigkeiten. B. IX.—Reyscher. Publicistische Versuche.—Gagern. Das Leben des Generals von

До настоящаго времени монархическій принципъ является господствующимъ въ германской политической литературѣ; онъ является германской традиціей, освященной почти вѣковымъ существованіемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ достигъ полнаго развитія и господствующаго положенія только у германскихъ ученыхъ. Схожія построенія мы найдемъ и у другихъ національностей въ извѣстныхъ періодахъ ихъ государственнаго развитія, но положенія стройной разработанной доктрины онъ достигаетъ лишь въ германскомъ политическомъ міровоззрѣніи, въ которомъ онъ играетъ такую же роль, какую идея народнаго суверенитета играетъ во французскомъ. Мы не поймемъ германскаго государствовѣда, если не встанемъ на точку зрѣнія монархическаго принципа, такъ же какъ не поймемъ ортодоксальнаго французскаго ученаго, если не проникнемся на время идеей народнаго суверенитета. А между тѣмъ communis opinio doctorum выводитъ монархическій принципъ изъ Франціи, повторяя въ аналогичныхъ и самыхъ рѣшительныхъ выраженіяхъ, что онъ заимствованъ изъ хартіи 1814 г., и не входя ни въ ближайшій анализъ хартіи, ни въ разсмотрѣніе вопроса о самомъ

Gagern. 1856.—Nöllner. Das monarchische Princip und die Staatsverfassungen der neueren Zeit. 1856.—Brochhaus. Das Legitimittätsprincip. 1868.—Hubrich. Deutsches Fürstentum und deutsches Verfassungswesen. 1905.—E. Kaufmann. Studien zur Staatslehre des monarchischen Princips. 1906.—Smend. Die Preussiche Verfassungsurkunde im Vergleiche mit der Belgischen. 1904.—Hoffmann. Monarchisches Princip und Ministerverantwortlichkeit. 1911.—Lukas. Die Rechtliche Stellung des Parlaments. 1901. — Rönne-Zorn. Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie. 1899. B. I.—Общія руководства Еллинека, Рема, Гатчека, Аншютца, F. Мейера, O. Майера, Цэпфля, Цахаріэ, Градовскаго и др.

Klüber. Akten des Wiener Kongresses. B. I—II—.—Allgemeiner Staatsverfassungsarchiv. B. I—III Weimar. 1816—17.—Welcker. Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation. 1814.—Pölitz. Eúropäische Verfassungen. 1832.

Lerchenfeld. Geschichte Bayerns unter König Maximilian Joseph II. 1854.—Lerchenfeld. Die Bayrische Verfassung und die Karlsbader Beschlüsse. 1883. — Ero же. Papiere des Ministers Lerchenfeld. — Seydel. Bayrisches Staatsrecht.

Weech. Geschichte der Badischen Verfassung. 1868.

Mohl. Die Geschichte der Wütembergischen Verfassung. Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. B. VI.—Fricker und Gessler. Geschichte der Verfassung Würtembergs.—Bitzer. Regierung und Stände in Würtemberg. 1882.—Fricker. Die Verfassungsurkunde des Königsreiches Würtembergs.—Verhandlungen des Würtembergischen Landtags. H. 1—45.

процессѣ заимствованія, который является для ученыхъ чѣмъ то само собой разумѣющимся. Въ дѣйствительности же, вопросъ о происхожденіи монархическаго принципа весьма сложенъ и заслуживаетъ внимательнаго разсмотрѣнія, которое должно будетъ, мнѣ кажется, заставить доктрину отказаться отъ общепринятаго рѣшенія вопроса и отдѣлить судьбы германскаго монархическаго принципа отъ реставраціи Бурбоновъ. Правда, доказать съ очевидностью тутъ очень мудрено: если трудно доказательство какой-либо связи или заимствованія, то почти невозможно доказательство отсутствія ихъ, тѣмъ болѣе что никакихъ конкретныхъ путей заимствованія въ настоящемъ случаѣ не указывается. Но что можно сдѣлать, такъ это доказать ненужность общепринятой гипотезы и искусственность ея, доказать, что монархическій принципъ въ его возникновеніи объясняется вполнѣ и безъ всякихъ оговорокъ чисто германскими мѣстными условіями. Это и составляетъ тему сегодняшняго доклада, но, прежде чѣмъ перейти на германскую почву, я хочу все же сдѣлать нѣсколько замѣчаній о связи хартіи съ разбираемымъ вопросомъ.

Монархическій принципъ взятъ изъ хартіи 1814 г., говоритъ доктрина. Стоитъ взять текстъ конституціи, чтобы убѣдиться, что относительно хартіи это утвержденіе не вѣрно. Ст. 15 гласитъ: la puissance législative s'exerce collectivement par le Roi, la chambre des pairs, et la chambre des députés des départements, а ст. 24 добавляетъ: la chambre des pairs est une portion essentielle de la puissance législative. Король въ парламентѣ, какъ органъ законодательной власти, раздѣленіе властей, выраженное достаточно ясно въ указанныхъ статьяхъ и подкрѣпленное ст. 13, которая вручаетъ королю исполнительную власть—гдѣ же тутъ монархическій принципъ? Можно было бы указать на знаменитую ст. 14, которая называетъ короля chef suprême de l'Etat, но что это выраженіе является только характеристикой короля, какъ главы власти исполнительной, доказываетъ не только мѣсто, занимаемое ст. 14, но и тотъ фактъ, что статья эта сохраняетъ указанныя слова и въ хартіи 1830 г., несмотря на существенное измѣненіе содержанія этой статьи въ ущербъ королевской власти. Очевидно, слова эти не претендовали на значеніе характеристики короля, какъ носителя верховной власти во всей ея совокупности. Вообще, тотъ фактъ, что хартія 14 г., безъ существенныхъ для нашего вопроса измѣненій, могла быть провозглашена въ 30 г., служитъ уже достаточнымъ доказательствомъ, что монархическаго принципа въ

ней не было. Да и странно было бы искать его въ актѣ, въ которомъ всѣ видѣли воспроизведеніе англійскихъ порядковъ!

Искать его можно не въ хартіи, а въ вводномъ словѣ къ ней. Дѣйствительно, мы найдемъ въ немъ нѣкоторыя идеи и выраженія, близкія монархическому принципу, которыя даютъ возможность дѣлать нѣкоторыя сопоставленія и обобщенія относительно положенія абсолютной власти въ періодъ ея самоограниченія, но отожествлять идеологію знаменитаго préambule съ идеологіей монархическаго принципа мы не имѣемъ права; это значило бы смѣшивать такія понятія, какъ монархическій принципъ и легитимизмъ, какъ это, правда, нѣкоторые и дѣлаютъ, озаглавливая даже статьи, посвященныя монархическому принципу именемъ легитимизма.

Между тѣмъ терминъ легитимизмъ имѣетъ совершенно опредѣленный смыслъ и, имѣя чисто формальное значеніе, можетъ относиться ко всякому образу правленія. Онъ является при столкновеніи двухъ правопорядковъ, когда отживающее право, оставаясь правомъ съ точки зрѣнія прежняго правопорядка, должно вступить въ борьбу съ фактическимъ положеніемъ вещей, которое, становясь дѣйствующимъ правомъ, развѣнчиваетъ и лишаетъ силы право бывшее.

Защитники стараго права и есть легитимисты.

Реставрація, революція—необходимые элементы легитимизма; на почвѣ органическаго развитія имъ нѣтъ мѣста.

Не трудно уяснить все различіе между положеніемъ германской и французской монархической власти: въ Германіи, какъ мы увидимъ, легитимизмъ получилъ значеніе враждебное монарху, во Франціи, наоборотъ, онъ былъ для него conditio sine qua non. Положеніе Людовика XVIII было таково, что онъ долженъ былъ во что бы то ни стало связать грань временъ—иначе онъ терялъ всякое значеніе, и въ качествѣ простого стараго эмигранта не могъ претендовать ни на что. Онъ, какъ олицетвореніе стараго порядка, всплывалъ на политическую поверхность, замѣщая собой политическую пустоту, вызванную паденіемъ революціоннаго порядка; никакого титула, кромѣ своего фактическаго существованія, онъ представить не могъ, оттого что у него ихъ и не было. Если бы дѣло зависѣло отъ народныхъ симпатій, то даже если бы и вспомнили о прежней династіи, предпочли бы Орлеановъ. Франція была утомлена и молча приняла возвратившагося послѣ долгаго отсутствія монарха, ожидая отъ него лишь спокойствія и свободы. Монархъ готовъ былъ дать и то и другое—но взамѣнъ нація должна была признать его

прежнимъ, легитимнымъ монархомъ, неограниченнымъ королемъ, вернувшимся послѣ долгаго отсутствія къ своимъ дѣтямъ. Такимъ образомъ, хартія и Préambule имѣли совершенно разное значеніе и совмѣстно разсматривать ихъ нельзя. Préambule не составляетъ части конституціи, выраженія его не опредѣляютъ положенія монарха: оно всецѣло установлено хартіей и только ей. Préambule расчищаетъ только путь для дарованія хартіи, онъ легитимируетъ монарха въ его положеніи монарха—неограниченнаго, такъ какъ прежній монархъ былъ неограниченнымъ,—даетъ ему всю полноту правъ, чтобы дать ему возможность ограничить себя; на болѣе широкое значеніе онъ не претендуетъ; историческій характеръ его радикально отличаетъ его отъ догматическаго монархическаго принципа Германіи, и сближать ихъ, безъ дальнѣйшихъ основаній, мы не имѣемъ права. Сейчасъ мы постараемся доказать, что въ этомъ нѣтъ и малѣйшей необходимости, такъ какъ монархическій принципъ весь безъ остатка объясняется чисто германскими условіями. Мы увидимъ, что формула: монархъ-носитель всей государственной власти является адэкватнымъ теоретическимъ выраженіемъ германской политической жизни первой четверти 19-го вѣка, что все толкало мысль въ направленіи этой формулы, и она, постепенно вырабатываясь, властно выступила, наконецъ, какъ единственная возможность примиренія противорѣчивыхъ политическихъ элементовъ. Тотъ фактъ, что она появилась далеко не сразу, что первое время о ней не было и помину и что появляется она лишь въ тотъ моментъ, когда отъ разговоровъ пришлось перейти къ дѣйствіямъ и когда конституціоннымъ идеямъ надо было перейти въ жизнь, все это подрываетъ, по нашему мнѣнію, самымъ рѣшительнымъ образомъ теорію заимствованія ея и говоритъ въ пользу органическаго развитія ея на германской почвѣ.

Въ эпоху войны съ Наполеономъ 1813 и 1814 гг. и Вѣнскаго конгресса германскіе монархи и ихъ приближенные были настроены весьма либерально. Необходимость дать участіе въ государственномъ устройствѣ тѣмъ народамъ, которые въ союзѣ съ монархами изгнали Наполеона, получила полное признаніе. Еще въ началѣ 1813 г. знаменитый впослѣдствіи реакціонеръ графъ Münster высказывался за необходимость конституціи, гарантирующей народъ отъ притѣсненій князей; въ другихъ запискахъ онъ высказывается еще опредѣленнѣе, говоритъ о droit des peuples, которыя народы будутъ защищать противъ призрака абсолютизма, причемъ это сопротивленіе ошибкой было бы, по его мнѣнію, считать

возстаніемъ. Даже Меттернихъ говорилъ въ тѣ времена языкомъ народнаго трибуна, защищая права гражданъ противъ монарховъ и протестовалъ противъ выраженія Souveränitätsrechte, въ виду возможности превратнаго толкованія его въ духѣ деспотизма. Вообще слово деспотизмъ было нормальнымъ эпитетомъ для германскихъ князей въ устахъ этихъ сановниковъ, а иногда власть ихъ характеризуется столь рѣзко, что кажется будто читаешь не бумаги Münster'a или Штейна, а какой нибудь летучій революціонный листокъ.

Несмотря, однако, на такое настроеніе, конгрессъ не пришелъ ни къ какимъ осязательнымъ результатамъ въ конституціонномъ направленіи: онъ кончилъ тѣмъ, съ чего началъ, именно констатировалъ въ самыхъ общихъ выраженіяхъ, (знаменитая ст. 13) необходимость что нибудь въ этомъ направленіи предпринять. И это несмотря на большое, сравнительно количество труда и времени, посвященныхъ указанному вопросу.

Два обстоятельства были тому причиной. Во-первыхъ, никто не зналъ толкомъ чего хотѣлъ; во-вторыхъ, тѣ хотѣнія, которыя получили сколько-нибудь отчетливое выраженіе, были діаметрально противоположны. Австрія хотѣла власти и не придавала значенія конституціоннымъ стремленіямъ, поскольку они принимали реальный характеръ. Пруссія платонически желала конституціи, которую она, впрочемъ, понимала слишкомъ въ духѣ просвѣщеннаго абсолютизма, но и то больше для другихъ, чѣмъ для себя, такъ какъ не желала себя связывать. Южныя государства опредѣленно становились на конституціонную почву, но для нихъ важнѣе всего было сохраненіе суверенитета, что и придавало всей ихъ политикѣ совершенно своеобразный характеръ. Что же удивительнаго, что ни до чего на конгрессѣ не договорились?

Но остановимся немного на первой причинѣ — именно неясности и туманности политическихъ убѣжденій.

Никогда, говоритъ Трейчке, высоко одаренное и развитое поколѣніе не было движимо столь неясными политическими понятіями. Дѣйствительно, новыя идеи входили въ такія оригинальныя комбинаціи съ наслѣдіемъ историческаго прошлаго, такъ перемѣшали идеи Руссо съ пережитками феодализма, что вполнѣ оправдывались тѣ слова, которыми Фихте характеризовалъ своихъ современниковъ: Der Deutsche kann nie ein Ding allein wollen, говорилъ онъ, er muss auch stets das Gegenteil dazu wollen. Можно было бы привести не мало курьезовъ въ подтвержденіе, но важно то, что эта смутность мысли раздѣлялась и сильнѣйшими умами вѣка. Доста-

точно взять Штейна. Этотъ убѣжденный конституціоналистъ на словахъ, при первыхъ попыткахъ перейти къ дѣлу, обнаруживаетъ полную невозможность разстаться съ отжившими феодальными формами и проявляетъ часто нерѣшительность въ такихъ кардинальныхъ вопросахъ, какъ рѣшающій или совѣщательный голосъ чиновъ. Подобная же несогласованность старыхъ и новыхъ понятій проявляется у близкаго ему Arndt'a. Но лучшее представленіе объ этомъ хаосѣ мы получимъ, если бросимъ взглядъ въ книгу нѣкоего Schmid'a: Deutschlands Wiedergeburt, которая циркулировала на конгрессѣ, имѣя большой успѣхъ среди многихъ коронованныхъ особъ и вызывая участіе такихъ людей, какъ Меттернихъ и Штейнъ. Schmid считаетъ народъ источникомъ правъ, монарха представителемъ народа, большинство ландтага необходимымъ владыкой, конституцію основываетъ на договорѣ—и, вмѣстѣ съ тѣмъ, лишаетъ чины участія въ законодательствѣ. Они имѣютъ лишь право одобрять налоги; это даетъ достаточно возможности вліять на правительство, по мнѣнію Шмида; кромѣ же того они имѣютъ право жалобы и просьбы передъ монархомъ и, наконецъ, могутъ доводить до его свѣдѣнія объ узнанныхъ ими злоупотребленіяхъ. Больше того, восклицаетъ Шмидъ, чины могутъ даже вѣжливо напомнить монарху о его обязанностяхъ. И это рядомъ съ признаніемъ большинства чиновъ владыкой государства!

Итакъ политическія идеи бродятъ и не приняли опредѣленныхъ формъ. Одно только несомнѣнно: монархическій принципъ еще не родился, о немъ нѣтъ и намека. Три элемента государственной задачи того времени: старые феодальные чины, новыя либеральныя идеи и юный абсолютизмъ пришли въ механическое соприкосновеніе, но никакой органической связи между ними нѣтъ. Получается полный хаосъ, который въ лучшемъ случаѣ затушевывается двусмысленными выраженіями: обыкновенно же проявленія furor'a constitutionalis мирно уживаются рядомъ съ самодержавными тенденціями и феодальными воспоминаніями. Насколько еще далеки до формулировки монархическаго принципа указываютъ знаменитыя, постоянно цитируемыя слова гр. Münstir'a, который признавалъ англійскаго монарха такимъ же сувереномъ, какъ и всякаго иного: свобода, по его мнѣнію, лишь упрочиваетъ его тронъ.

Если мы обратимся къ отдѣльнымъ германскимъ государствамъ, то убѣдимся, что и тамъ первое время далеки отъ монархическаго принципа. Представитель принца-регента Ганноверскаго, при откры-

тіи провизорнаго ландтага въ декабрѣ 1814 г., заявляетъ, что чины для Ганновера должны быть тѣмъ, что Англія имѣетъ въ лицѣ парламента. Въ Вюртембургѣ въ 1815 г. при чтеніи конституціи министръ внутреннихъ дѣлъ торжественно провозглашаетъ принципы раздѣленія властей и конституціонализма: нарушеніе ихъ ведетъ государства къ гибели. Въ Баваріи тѣ же идеи проповѣдуетъ журналъ Allemania. Цѣлый рядъ конституціонныхъ (правительственныхъ) проектовъ Бадена служитъ прекраснымъ примѣромъ амплитуды конституціонныхъ колебаній: мы находимъ въ нихъ, наряду съ признаніемъ чуть не парламентаризма, стѣсненіе компетенціи чиновъ, доходящее до послѣдней степени.

Итакъ, и въ отдѣльныхъ государствахъ, первые конституціонные опыты свидѣтельствуютъ о броженіи умовъ, которые никакъ не могли придать либеральной фразѣ конкретную форму. Причины этихъ неудачъ мы поймемъ, если всмотримся въ политическое положеніе Германіи того времени. Дѣйствительно, конституціонная задача была крайне трудна: нужно было примирить три величины необходимыя, но непримиримыя по существу: абсолютную власть, старые чины и либеральныя идеи—настоящее, прошедшее и будущее. Задача не изъ легкихъ. Смѣшеніе этихъ трехъ элементовъ создавало такой клубокъ противорѣчій, который никакъ не хотѣлъ распутаться въ привычныхъ словахъ и идеяхъ—нужно было нѣчто новое, и этимъ новымъ и явился монархическій принципъ.

Скажемъ два слова объ этихъ трехъ элементахъ политической Германіи разсматриваемой эпохи.

Абсолютизмъ нѣмецкихъ монарховъ очень юнаго происхожденія. На памяти у всѣхъ заканчивался процессъ его роста. Пресбургскій миръ и декларація Наполеона 1806 г., констатировавшіе паденіе Имперіи, были актами современности. Независимость внѣшнюю князья перенесли (и не безъ основанія, если брать букву актовъ) на внутреннія отношенія. Они стали чувствовать себя самодержцами и съ удовольствіемъ воспринимали идеи французскаго аболютизма; aus eigener Machtvollkommenheit, какъ выражался въ 1806 г. герц. Гессенскій, удаляли они остатки одряхлѣвшаго средневѣковья, осуществляя иногда то, что во Франціи достигнуто было революціей. Монархическая власть не являлась, такимъ образомъ, какимъ либо аморальнымъ гнетомъ, а въ большей или меньшей степени освящена была высокимъ государственнымъ назначеніемъ. Особеннаго блеска достигла она въ Пруссіи, гдѣ, осуществляя государственныя идеи, возвышалась wie ein Rocher de bronce надъ сословными и частными интересами.

Однако, передовое общественное мнѣніе выросло изъ рамокъ просвѣщеннаго абсолютизма. Конституціонализмъ сдѣлался прочнымъ достояніемъ политической мысли. Идеи французскаго просвѣщенія и революціи въ связи съ реципированнымъ англійскимъ государственнымъ правомъ составляли какъ бы консолидированный фондъ современнаго политическаго мышленія и образовывали бьющее въ глаза противорѣчіе съ самодержавной практикой князей. Князья чувствовали это какъ нельзя лучше: они, какъ мы видѣли, были проникнуты либеральнымъ духомъ не хуже другихъ, что было вполнѣ естественно въ эпоху, когда по словамъ аббата de Pradt'a, „le monde n'était plus qu'une école d'enseignement mutuel". Но тутъ мы замѣчаемъ весьма любопытную и характерную вещь: чѣмъ либеральнѣе слова, тѣмъ меньше уступокъ по существу. Эта обратная пропорціональность слова и дѣла, которую можно прослѣдить на цѣломъ рядѣ актовъ начала 19-го вѣка, весьма понятна. Въ эпоху до революціи, монархи охотно говорили о договорѣ князя съ народомъ, о народномъ суверенитетѣ, признавали народъ субстратомъ государственной власти, считая себя представителями его: важно было то, что они были единственными представителями его. Какая разница быть органомъ государства или органомъ народа, разъ народъ не имѣетъ возможности выразить свою волю иначе, какъ черезъ посредство монарха? Совсѣмъ иное дѣло, когда народъ получаетъ возможность выражать свою волю иными способами, именно, когда на сцену является народное представительство. Тутъ вся монархическая идеологія должна перевернуться; иначе—какъ и показала первая французская конституція—монарху смерть. Конкурренція наслѣдственнаго и выборныхъ представителей народа безнадежна для перваго: монархія должна искать новыхъ идейныхъ позицій, или капитулировать. И вотъ тамъ, гдѣ она достаточна сильна, она опирается на идейный антиподъ народнаго суверенитета—суверенитетъ монарха. Эта сторона дѣла сближаетъ германскій монархическій принципъ съ иными монархическими странами. Вездѣ, гдѣ монархія должна уступить времени и гдѣ конституція вводится безъ революцій, моментъ октроированья и самоограниченія вноситъ въ положеніе народнаго представительства извѣстную, болѣе или менѣе, сильную ноту прекарности, которая съ одной стороны даетъ возможность такимъ образомъ связать цѣпь временъ, а съ другой стороны ставитъ извѣстный предѣлъ парламенту, обладающему способностью, какъ извѣстно, расширять свою компетенцію ad infinitum.

Замѣчательно, однако, что эта сторона дѣла, вѣчная, такъ ска-

зать, сторона монархическаго принципа въ моментъ его возникновенія имѣла въ Германіи весьма малое значеніе. Германскіе монархи были часто конституціоннѣе своихъ народовъ и боевое значеніе монархическаго принципа не имѣло случая обнаруживаться; главная же причина была та, что если и возникалъ вопросъ о капитуляціи монархической власти, то не передъ конституціоннымъ народомъ, а передъ старыми сословными чинами.

Дѣло въ томъ, что въ разсматриваемую нами эпоху народа въ Германіи не существовало, ни въ національномъ, ни въ конституціонномъ смыслѣ. Существовало населеніе, которое отнюдь не сознавало себя государствомъ или его органомъ, а считало себя подданными и желало лишь частныхъ улучшеній своего быта. Народъ, по словамъ Меінеке, не имѣлъ политическаго опыта (не даромъ Штейнъ хотѣлъ его воспитывать), мало того, онъ не имѣлъ, по словамъ того же писателя, и ясно выраженной воли къ политической жизни. Мечтанія самыхъ большихъ либераловъ не шли дальше желанія защиты населенія путемъ ландтаговъ отъ злоупотребленій. Роль палатъ мыслилась часто отрицательно и здѣсь лежитъ корень распространеннаго въ Германіи направленія, особенно защищаемаго Молемъ и видящаго въ народномъ представительствѣ оплотъ противъ злоупотребленій государственной власти, а не участницу таковой. Если монархъ хорошо правитъ—не нужно и конституція, какъ прямо и заявляли вюртембергскіе чины. Конституція получаетъ значеніе дорогого и сложнаго контрольнаго аппарата, не имѣющаго самостоятельнаго значенія: если можно достигнуть аналогичныхъ результатовъ инымъ путемъ—тѣмъ лучше. Напримѣръ, можетъ-быть, возрожденная имперская власть будетъ защищать отъ князей народъ еще лучше, чѣмъ народное представительство, какъ думалъ, напримѣръ, Nemesis; тогда не нужно заводить и конституцій.

Не страшенъ монархической власти такой конституціонализмъ, хозяиномъ положенія является еще монархъ.

У монархизма былъ другой, болѣе страшный, врагъ, и съ нимъ въ первую голову приходилось ему бороться. Дѣло въ томъ, что конституціонный вопросъ до крайности осложнялся тѣмъ, что сливался съ вопросомъ о старыхъ чинахъ. Это вызывалось не только реальными интересами опредѣленныхъ группъ, но и въ извѣстной степени интересами общественными, идейными, научными. Такъ, нѣкоторые смотрѣли на Landstände, какъ на minimum, и хотѣли, хоть такимъ путемъ, ограничить княжескую власть. Затѣмъ большое распространеніе имѣло убѣжденіе, что германскія кон-

ституціи должны имѣть историческіе корни, а не исходить изъ чистаго разума. Примѣръ Франціи былъ слишкомъ близокъ и очевиденъ. Историкъ Hagen свидѣтельствуетъ, что общественное мнѣніе требовало das Deutsche, das historische. Все это вмѣстѣ взятое дѣлало необходимымъ отправнымъ пунктомъ конституціоннаго вопроса старые чины, а это компрометтировало идею народнаго представительства, какъ въ глазахъ подданныхъ, такъ и, главнымъ образомъ, въ глазахъ монарховъ. Вѣдь разъ народное представительство не возникаетъ вновь, а возвращаются лишь aprés une longue absence старые чины, разъ происходитъ реставрація ихъ въ силу историческаго ихъ бытія, то монархъ претерпѣваетъ существенное capitis deminutio, обращается въ Landesherr'a, сносящагося съ чинами на договорныхъ началахъ. Мало того, вся дѣятельность ихъ съ 1806 г. становится грубой узурпаціей, какъ ее и называли на конгрессѣ Штейнъ и Мюнстеръ. Власть монарха получаетъ какой-то вторичный характеръ, навстрѣчу ей выступаютъ всевозможныя права и привилегіи, сильныя своимъ вѣковымъ существованіемъ—и монарху остается только уступать и двигаться въ предѣлахъ, которые остались незамѣщенными. Ни о какой praesumptio pro rege нѣтъ и рѣчи—наоборотъ, всѣ пріобрѣтенныя монархомъ права вытѣсняются реставрированными привилегіями. Все введенное имъ въ жизнь можно сравнить съ временнымъ исключительнымъ закономъ, основаннымъ на какой-либо 87-й статьѣ: оно существуетъ, но за нимъ осталось прежнее въ связанномъ состояніи, уничтоженіе введеннаго вновь не оставляетъ за собой юридическое ничто; напротивъ, на его мѣсто вступаетъ de plein droit то, что было парализовано временными постановленіями. Такимъ образомъ, германскій монархъ, въ условіяхъ того времени, давая конституцію, не призывалъ народъ для участія въ управленіи государствомъ, дѣлаясь на опредѣленныхъ основаніяхъ конституціоннымъ монархомъ, а какъ бы обращался снова въ отжившаго уже Landesherr'a и низводилъ свое государство на степень средневѣковаго сословнаго государства. Конституціонный принципъ становится ständisches Princip и получаетъ реакціонный характеръ: не даромъ главнымъ его поборникомъ является дворянство въ силу своихъ узко-сословныхъ интересовъ. Наоборотъ, монархическій принципъ, объединяющій государственную власть въ особѣ монарха получаетъ глубокій и либеральный смыслъ, онъ дѣлается принципомъ современнаго государства въ борьбѣ съ средневѣковьемъ, онъ является той формулой, согласно которой монархъ можетъ, въ рамкахъ конституціона-

лизма, довершить историческую роль абсолютизма. Конституціонная идея облеклась въ старыя формы и вызвала къ жизни отжившіе сословные институты—монархическая власть въ борьбѣ съ ними возвысилась до значенія принципа.

Тутъ мы воочію видимъ всю разницу французскихъ и германскихъ условій и расхожденіе легитимизма и монархическаго принципа. Легитимизмъ въ Германіи обращается противъ монарховъ, которые въ борьбѣ съ реставраціей отжившаго права дѣлаются представителями современныхъ формъ жизни, новаго правопорядка. Французскій король защищаетъ свою исконную полноту власти, чтобы имѣть возможность говорить, что онъ исконный французскій король и получить такимъ образомъ право на существованіе; разсужденія его имѣютъ чисто династическій характеръ, открываютъ возможность ему, Людовику, сдѣлаться королемъ Франціи, не опредѣляя существа королевской власти. Напротивъ, германскіе монархи борются не за признаніе ихъ монархами, не за то, быть или не быть имъ на престолѣ, а за самое существо и содержаніе власти, которую они отстаиваютъ отъ покушеній не со стороны нарождающагося, а отжившаго права. Французскій король долженъ во что бы то ни стало защитить свое легитимное прошлое, чтобы оказаться монархомъ—иначе онъ не монархъ и никакой хартіи опубликовать, никакой конституціей себя связать не можетъ; нѣмецкіе князья, наоборотъ, должны побороть легитимное прошлое, воплотить въ себѣ всю власть государства—и только тогда откроется путь для дальнѣйшаго государственнаго строительства.

Чтобы придать нашимъ соображеніямъ о значеніи монархическаго принципа въ борьбѣ съ сословнымъ средневѣковымъ легитимизмомъ конкретную форму, мы остановимся немного на конституціонной исторіи Вюртемберга, гдѣ впервые въ 1816 г. былъ формулированъ монархическій принципъ и откуда онъ былъ реципированъ другими германскими конституціями. Насколько эта страница конституціонной исторіи мало извѣстна, свидѣтельствуетъ тотъ фактъ, что ни одно руководство не знаетъ, что монархическій принципъ былъ впервые высказанъ Вюртембергскимъ чиновнымъ проектомъ 1816 г., и еще не такъ давно Еллинекъ печатно заявлялъ благодарность Anschütz'у за его указаніе на королевскій конституціонный проектъ 1817 г., гдѣ будто бы впервые монархическій принципъ получилъ свое выраженіе.

Изъ краткихъ указаній, которыя мы сдѣлаемъ, намъ станетъ болѣе ясной идеологія эпохи съ ея пассивнымъ взглядомъ на народ-

ное представительство и соотношеніе монархической власти и старыхъ сословныхъ вожделѣній.

Чины не желаютъ стоять на точкѣ зрѣнія современнаго конституціоннаго государства, они не желаютъ быть народными представителями въ этомъ обновленномъ смыслѣ, нѣтъ, они старые Вюртембергскіе чины, существующіе въ силу исконнаго германскаго права, его легитимные защитники и представители. Они отвергаютъ дарованную монархомъ конституцію—къ чему она, когда ихъ права давно установлены, когда они могутъ сослаться на какой-нибудь Тюбингенскій договоръ XV вѣка—это покушеніе на ихъ права, которыя можно измѣнить лишь путемъ договора. Они торжественно заявляютъ, что они не могутъ и никогда не оставятъ das Princip der Fortdauer des Vertragsmässigen Rechtszustandes, тотъ принципъ, который однимъ депутатомъ удачно былъ названъ „Ständisches Princip“.

Создавалось невозможное положеніе, такъ какъ этотъ Ständisches Princip не былъ чѣмъ-либо единымъ, а являлся собирательнымъ именемъ, краткой формулой, изъ которой, по раскрытіи скобокъ, вырывалась на свѣтъ Божій огромная недисциплинированная масса отдѣльныхъ субъективныхъ правъ, грозившихъ совершенно распылить государство. Видъ Deutsche Freiheit была ничѣмъ инымъ, какъ Inbegriff Ständischer individueller, persönlicher und dinglicher Rechte, какъ выражался другой депутатъ. Чины хотѣли защищать alle und jede Rechte, которые принадлежали землѣ въ цѣломъ и въ частностяхъ (in ganzen und einzelnen), каждой части ея, чину и лицу. Монархъ является въ положеніи узурпатора: пусть исчезла имперская конституція—причемъ тутъ Вюртембергъ, спрашиваетъ одинъ депутатъ: договоръ остается договоромъ, всѣ прежнія права остаются въ неприкосновенности. Подымается вопросъ, обязаны ли подданные платить налоги, если монархъ не исполняетъ договорныхъ обязанностей. Дворянство, ссылаясь между прочимъ на естественныя права, организуется для защиты сословныхъ правъ противъ монарха. Монарху приходится защищаться противъ собственныхъ братьевъ, которые полагаютъ, что конституція не можетъ быть дарована безъ согласія агнатовъ.

Однимъ словомъ, средневѣковье возрождается и монархъ, защищая себя, защищаетъ государство, идея монархизма сближается съ идеей государственности. Перипетій этой борьбы мы разсматривать не будемъ; насъ интересуетъ лишь идеологія эпохи, и тутъ мы убѣждаемся, что монархическій принципъ получаетъ постепенно не-

обходимое и общее признаніе; чины выражаютъ его еще яснѣе чѣмъ монархъ. Правительство иногда еще возвышается до иного пониманія, мыслитъ чины, какъ органъ государства равноправный монарху. Особенно ярко выражается это Wangenheim'омъ, либеральнымъ министромъ, мечтающимъ о парламентаризмѣ; но взгляды его такъ не соотвѣтствуютъ эпохѣ, что, несмотря на все вліяніе его, остаются безъ отклика. Чины просто не понимаютъ его, и между ними и министромъ возникаютъ любопытные конфликты. Они требуютъ, напримѣръ, чтобы выборный комитетъ чиновъ засѣдалъ постоянно, иначе, по ихъ мнѣнію, чины будутъ сведены на нѣтъ. Wangenheim не понимаетъ этого: разъ власть покоится совмѣстно у монарха и чиновъ, то какъ же можно обойти чины? И чѣмъ тутъ поможетъ комитетъ: вѣдь онъ не замѣняетъ чиновъ въ ихъ конституціонныхъ функціяхъ; разъ конституція реальная сила, то безъ нея обойтись нельзя: какъ же собрать налоги, заключать долги, созывать солдатъ? Если же чины не представляютъ достаточной реальной силы, то тутъ никакіе комитеты не помогутъ.

Но въ томъ-то и дѣло, что народное представительство въ духѣ Wangenheim'а существовало лишь въ его мечтаніяхъ, а въ дѣйствительности имѣлись лишь сословные чины, упорно стоявшіе на сословной точкѣ зрѣнія. Правда, иногда они какъ-будто начинаютъ говорить инымъ языкомъ, требуютъ чего-либо отъ монарха отъ лица народа, толкуютъ о незыблемыхъ народныхъ правахъ, но народъ играетъ здѣсь роль ярлыка, прикрывающаго сословные вожделѣнія; если мы полюбопытствуемъ узнать, по какому поводу эти громкія слова сказаны, то убѣдимся лишній разъ, что роль идетъ опять о средневѣковыхъ привилегіяхъ. Позиція чиновъ ясна и опредѣленна—эта легитимизмъ сословнаго государства, и сходить съ нея они не желаютъ. Народнаго, въ широкомъ смыслѣ слова, сочувствія они не ищутъ, да, какъ утверждаетъ историкъ общественнаго мнѣнія той эпохи, и не имѣютъ. Сами депутаты высказали предположеніе, что оппозиція ихъ воспримется народомъ не какъ защита народныхъ правъ, а какъ помѣха государственному строительству. Одинъ способъ защиты предвидятъ они въ борьбѣ съ монархомъ—это обращеніе къ союзной власти.

Такое народное представительство не могло конечно имѣть большой силы, да оно и не претендовало на многое.

То собраніе, которое, стоя на почвѣ стараго права, отвергло октроированную конституцію, заявляетъ торжественно: Nie sollen die Stände Mitregenten werden, nie soll die Kraft der Regierun

gelähmt werden, wir verlangen keine Trennung der Gewalten и т. п. Вся власть мыслится въ особѣ монарха, чины участвуютъ лишь въ Ausübung einzelner Teile чины понимаются не какъ необходимая часть понятія государства, а какъ нѣчто экстраординарное. Конституціонный комитетъ въ 1829 году разсуждаетъ, напримѣръ, такъ: ежегодное собраніе чиновъ въ полномъ составѣ представляется нежелательнымъ, это только подорветъ уваженіе народа къ нимъ, явится напрасной тратой времени и нарушеніемъ обычныхъ занятій народа; народъ устанетъ отъ чиновъ, а дѣлать чинамъ будетъ нечего, для членовъ же первой палаты такой частый созывъ сдѣлалъ бы ихъ положеніе невыносимымъ. Роль чиновъ сводится исключительно къ контролю за исполненіемъ законовъ: государственная власть полностью остается въ рукахъ монарха.

Что и тутъ, наканунѣ конституціи, это пассивное, отрицательное внѣгосударственное пониманіе природы народнаго представительства находится въ связи съ тѣмъ фактомъ, что чины являлись не представителемъ народа, какъ единства, а группъ, сословій, разрозненныхъ интересовъ, опирающихся на средневѣковье, доказываютъ блестяще дебаты въ палатѣ по поводу знаменитаго § 4, формулирующаго монархическій принципъ. И тутъ возраженія противъ него облекаются въ либеральныя формы, такъ что иногда можно даже подумать, что монархическій принципъ находитъ себѣ принципіальныхъ конституціонныхъ противниковъ; но достаточно обратиться къ существу дѣла, просмотрѣть доклады депутатовъ—обнаруживается та же сословная средневѣковая подкладка; монархическому принципу противопоставляется das wohlhergebrachte germanische Recht des Württembergischen Volks, die Urrechte der Gemeinden, появляются ссылки на Türingervertrag и alte Herkommen и т. д. Общія теоретическія разсужденія, пріобрѣтая конкретныя формы, выливаются въ неожиданное заявленіе: das concentriren aller Gewalt in einer Person vertrage sich nicht mit Patrimonial-gerichtbarkeit!

Итакъ, формула монархъ—носитель всей государственной власти далеко не реакціонный ярлыкъ, заимствованный у французовъ: онъ имѣетъ глубокій смыслъ, и недаромъ противникъ его депутатъ Kessler замѣчалъ, что § 4 ist aus einer Idee hervorgegangen, въ старой-де конституціи ничего подобнаго не было. Именно, эта борьба со старымъ и отжившимъ придавала идейное значеніе монархическому принципу.

Мы видѣли, что монархическій принципъ явился единствен-

нымъ возможнымъ рѣшеніемъ политической задачи Германіи начала 19-го вѣка въ конституціонныхъ терминахъ. Монархическій принципъ явился доктриной государства, гдѣ абсолютизму приходилось доигрывать свою историческую роль въ рамкахъ конституціонализма. Но спрашивается, почему же понадобилось предвосхитить ходъ событій, что заставляло абсолютную власть преждевременно оставлять свои позиціи? Тутъ надо указать на роль союза въ германской политической жизни, фактъ огромной важности, который, однако, оставляется литературой безъ всякаго вниманія. Дѣло въ томъ, что конституція въ рукахъ монарха была орудіемъ, средствомъ, горькимъ лѣкарствомъ, какъ выражался Varnagen von Ense; дарованіе ея было тактическимъ пріемомъ нѣмецкихъ монарховъ въ борьбѣ съ унитарными тенденціями. Съ одной стороны, имѣла значеніе боязнь, какъ бы союзъ, отнесшій конституціонное строительство отдѣльныхъ государствъ въ свою компетенцію, не вмѣшался бы дѣйствительно въ это дѣло; боязнь, имѣвшая первое время свое глубокое основаніе, ибо союзъ лишь постепенно перешелъ на сторону реакціи. Чтобы не допустить такого вмѣшательства, монархи готовы были сами дать конституцію. Такъ, король Вюртембергскій, отстаивавшій самымъ энергичнымъ образомъ свой суверенитетъ на конгрессѣ, въ самый разгаръ работъ его ѣдетъ къ себѣ и обнародываетъ конституцію, тщательно подчеркивая, что этотъ актъ является совершенно самостоятельнымъ поступкомъ и не вызывается никакой внѣшней необходимостью.

Съ другой стороны, монархи хотѣли приблизить къ себѣ населеніе и тѣмъ увеличить внутреннюю сопротивляемость своихъ государствъ, сдѣлать популярной и жизнеспособной идею партикуляризма. Страхъ передъ тѣмъ, чтобы нѣмцы не почувствовали себя націей—вотъ подкладка нѣмецкаго монархическаго конституціонализма. Die Furcht war ihr Souveräner Gefühl говоритъ современникъ Welcker про монарховъ. Можно было бы привести цѣлый рядъ доказательствъ этого утвержденія; приведемъ только одно краснорѣчивое свидѣтельство Gagern'a (младшаго). Только одна мысль, говоритъ онъ, преслѣдуетъ князей, какъ привидѣніе—это страхъ, чтобы нѣмцы не вспомнили, что они имѣли когда-то общее отечество. Всѣ старанія дворовъ направлены на то, чтобы уничтожить послѣдніе слѣды этой общей связи; всѣ ихъ попытки имѣютъ цѣлью сдѣлать нѣмцевъ чуждыми другъ другу и развить провинціальный эгоизмъ. Каждый хотѣлъ бы воспитать въ своей маленькой странѣ собственный замкнутый народецъ, который бы съ ненавистью смот-

рѣлъ на своихъ сосѣдей. Суверенитетъ свой они храбро выдаютъ за безспорное право—зато съ готовностью становятся либеральными, когда это можетъ послужить на пользу для ихъ могущества...

Роль партикуляризма, какъ внѣшняго толчка къ дарованію конституціи имѣла громадное значеніе, поставивъ монархическую власть въ совершенно исключительныя условія. Самоограниченіе ея происходило не въ силу внутри-государственной необходимости, а въ виду внѣшнихъ обстоятельствъ. Это рѣшительнымъ образомъ опредѣляло психологію отношеній между монархомъ и чинами въ пользу перваго. Конституція была меньше чѣмъ октроирована, она покоилась какъ бы на pactum in favorem tertii; народное представительство оказывалось до извѣстной степени на положеніи прекариста, или лучше сказать, права его получали рефлекторный характеръ. Народное представительство не имѣетъ имманентной ему силы, оно не можетъ сказать подобно монарху, что оно есть потому, что оно есть, оно не можетъ опереться на внутреннюю необходимость своего существованія, разъ оно какъ ultimo ratio имѣетъ только обратиться къ союзу... монарховъ, какъ это expresis verbis и выражали Вюртембергскіе чины. Вѣдь съ точки зрѣнія психологической, совершенно равнозначущи обнародованіе конституціи, съ ссылкой на ст. 13, какъ основаніе ея, или съ категорическимъ утвержденіемъ въ ея полной независимости отъ указанной статьи. Издается ли конституція во исполненіе ст. 13 или самостоятельно, но во избѣжаніе принудительнаго исполненія—въ обоихъ случаяхъ чины остаются въ положеніи tertius gaudiens или, вѣрнѣе lacrimans.

Мы постарались освѣтить возникновеніе монархическаго принципа въ Германіи и пытались доказать его чисто германскій характеръ. Но исторія возникновенія его не уяснила намъ причинъ его вѣкового существованія; наоборотъ, разъ онъ являлся специфическимъ явленіемъ первой четверти 19-го вѣка, его дни должны были бы быть быстро сочтены. Въ чемъ же дѣло? Передъ нами встаетъ новая проблема, столь же интересная и столь же мало разработанная, которую мы постараемся хотя бы въ такихъ же общихъ чертахъ намѣтить.

Когда создалась формула монархическаго принципа, никто не думалъ придавать ей какое-либо практическое, тѣмъ менѣе полемическое значеніе. Это было чисто теоретическое положеніе, которое не должно было играть никакой роли въ дѣлѣ распредѣленія реальныхъ правъ; даже идея praesumptio pro rege не была ей логически присуща, какъ необходимый признакъ. Вѣдь способъ распредѣленія ком-

петенціи такъ же мало логически связано съ суверенностью органа, какъ и съ суверенностью государства въ союзномъ государствѣ. Чисто теоретическое пониманіе интересующей насъ формулы съ очевидностью выясняется изъ дебатовъ чиновъ въ Вюртембергѣ. Чины, напримѣръ, считая свои права недостаточно гарантированными, предлагаютъ различныя измѣненія, но при этомъ ни слова не говорятъ о § 4, не упоминаютъ даже о немъ. Что правительство стояло на той же почвѣ, указываетъ тотъ фактъ, что представителемъ его являлся Wangenheim, воззрѣнія котораго намъ извѣстны. На той же почвѣ стоитъ комиссія 1819 г., которая понимаетъ формулу въ указанномъ нами смыслѣ. То же самое наблюдается въ дебатахъ палаты, которая, принимая теоретическое значеніе формулы, съ практической стороны видитъ въ ней лишь подтвержденіе обязанности монарха отправлять свои полномочія въ конституціонныхъ формахъ. Тотъ же характеръ имѣетъ формула въ Баваріи и Баденѣ, гдѣ она была заимствована изъ Вюртемберга, что особенно явственно выражается въ правительственныхъ проектахъ Бадена.

Такое пониманіе знаменитой формулы гарантировало, казалось бы, преходящее ея значеніе. Она была адэкватнымъ выраженіемъ германскихъ броженій въ моментъ созданія конституціи; являясь необходимымъ trait d'union между старымъ и новымъ государствомъ, она должна была носить временный и переходный характеръ. Употребляя терминологію Гегеля можно сказать, что центробѣжныя сословныя силы должны были объединиться въ своей противоположности — монархѣ, чтобы перейти къ современному правовому единому государству. Свою роль абсолютизмъ долженъ былъ доиграть въ конституціонныхъ формахъ—вотъ оригинальность германскаго конституціонализма. Послѣдній актъ дѣятельности абсолютизма, совпадалъ съ первымъ актомъ конституціонализма, сливался съ нимъ, и будь германскія государства предоставлены самимъ себѣ, кто знаетъ, не сдѣлалась ли бы формула монархическаго принципа сразу историческимъ памятникомъ переходной эпохи, какимъ она дѣлается лишь на нашихъ глазахъ. Вѣдь народное представительство обладаетъ способностью развиваться и развивать народное самосознаніе съ громадной быстротой. Въ эпоху созданія конституціи чины были чинами и тѣмъ самымъ идея государства перелагалась на монарха; конституція въ дѣйствіи могла весьма скоро перемѣстить центръ тяжести, и—horribile dictu—формула монархическаго принципа могла бы явиться защитницей парламентаризма, который въ умахъ современной еще Германіи относится къ монархическому принципу, какъ огонь къ водѣ.

Исторія рѣшила иначе. Намѣтимъ основныя причины этой своеобразной кристаллизаціи идеологіи переходнаго времени, которая изъ рабочей гипотезы, разсчитанной на специфическій моментъ политической жизни, сдѣлала основу догматическаго изученія и пониманія права на многія десятилѣтія и изъ теоретической формулы создала постулатъ реальной политики. Особенное вниманіе тутъ нужно обратить на роль союза германскихъ государствъ.

Мы уже видѣли, какое значеніе имѣлъ одинъ только фактъ его существованія въ дѣлѣ октроированія конституціи и какъ обстоятельство это должно было отражаться на психологіи отношеній чиновъ и монарха.

Еще большее значеніе имѣла организація союза, давшая монархическому принципу недоставшее ему позитивное содержаніе. Союзъ создавался тогда, когда германскіе князья были неограниченными властителями и заключали въ себѣ всю полноту государственной власти. Насколько далека была отъ дѣйствительной жизни конституціонная идеологія эпохи, доказываетъ тотъ фактъ, что на конгрессѣ никому не приходило въ голову, что измѣненія въ формѣ правленія должны отразиться на построеніи союза. Внѣ конгресса мысль объ этой зависимости также первое время почти не возникала. Вопросъ всталъ на очередь и потребовалъ разрѣшенія лишь тогда, когда германскій конституціонализмъ сдѣлался фактомъ, съ которымъ нужно было такъ или иначе считаться. Оказалось необходимымъ примирить два обстоятельства, казалось бы, непримиримыхъ: союзъ и конституцію. Въ союзѣ контрагентами и членами являлись монархи, какъ самодержавные представители самодержавныхъ государствъ; но вотъ на сцену появилось народное представительство, съ которымъ монархъ дѣлитъ полноту власти и которое можетъ теперь претендовать на участіе въ союзѣ, такъ какъ представителемъ государства является уже не одинъ монархъ, а монархъ и парламентъ. Получается коллизія внутри- и внѣ-государственныхъ отношеній. Надо было союзъ монарховъ преобразовать въ союзъ государствъ, приспособить союзъ къ новымъ условіямъ. Этого, однако, не произошло, союзъ остался союзомъ монарховъ. Оставалось, такимъ образомъ приспособить конституціи отдѣльныхъ государствъ къ организаціи союза—и тутъ на сцену и явился опять монархическій принципъ, причемъ теоретическая формула объединенія власти въ особѣ монарха получила впервые опредѣленное реальное значеніе и вмѣстѣ съ тѣмъ, дѣлалась политической необходимостью; противъ чиновъ стоялъ теперь уже

не аналогичный имъ органъ государства, отношенія къ которому опредѣлились бы всей совокупностью внутри - государственныхъ отношеній, нѣтъ, имъ противостало нѣчто большее; rocher de bronce монархической власти покоилось теперь на внѣ- и выше-государственномъ основаніи, и всѣмъ притязаніямъ чиновъ гремѣло грозное noli tangere, подкрѣпленное круговой порукой германскихъ престоловъ. Монархическая власть оказалась, такимъ образомъ, внѣ и выше государства, отрицательная формула монархическаго принципа, имѣвшая смыслъ лишь реакціи государственнаго единства противъ центробѣжныхъ сословныхъ стремленій, получаетъ положительное содержаніе.

Рѣшительное вліяніе на дальнѣйшее развитіе оказала практическая дѣятельность союза. Вначалѣ союзъ высказывался довольно либерально, но постепенно произошелъ полный переломъ и онъ сдѣлался центромъ реакціонной политики, что выяснилось окончательно на знаменитой Карлсбадской конференціи. Она отнюдь не является какимъ-либо deus ex machina, какимъ-то комплотомъ реакціонныхъ министровъ, заговорившихъ магическимъ словомъ германскую конституціонную жизнь, начавшую съ тѣхъ поръ хирѣть и чахнуть. Она была естественнымъ и необходимымъ результатомъ реальнаго соотношенія силъ. Монархамъ грозили двѣ силы: конституція изнутри и союзъ извнѣ. Divide et impera! Противъ союзной сциллы монархи черпали, подобно Антею, силу прикосновеніемъ къ своей землѣ, но это являлось лишь средствомъ, горькимъ лѣкарствомъ. Какъ только народное представительство начало дѣлаться силой, монархи вспомнили о прекрасномъ средствѣ усмирять конституціонную Харибду—вѣдь союзная власть была въ ихъ рукахъ, и только въ ихъ рукахъ. Идея была такъ проста, что, разъ явившись, тотчасъ же сдѣлалась политической аксіомой, и хотя нѣкоторые и продолжали считать, что eine Verfassung zu halten ist nicht herabwürdigend, wohl aber sich von anderen Mächten Gesetze vorschreiben zu lassen, но общее мнѣніе власть имущихъ предпочитало теперь цѣной уменьшенія внѣшней независимости сохранить максимумъ внутренней власти. Недаромъ писалъ Меттернихъ послѣ Карлсбадской конференціи: «Si l'empereur doute qu'il soit l'empereur de l'Allemagne, il se trompe fort.».

Мы не можемъ останавливаться на Карлсбадской и слѣдующей за ней Вѣнской конференціяхъ, несмотря на весь интересъ, который онѣ представляютъ. Отмѣтимъ только, какое вліяніе имѣлъ этотъ поворотъ на теорію монархическаго принципа. Наиболѣе рьяные

ретрограды, желая окончательно порвать съ теченіями времени, пытались выставить положеніе о несовмѣстимости монархическаго принципа съ народнымъ представительствомъ и пробовали установить принципіальное различіе между Landständische и Constitutionelle Verfassung. Такова теорія Генца. Ея невозможность быстро выяснилась. Съ одной стороны, отказаться совсѣмъ отъ конституціи не признавалось политически возможнымъ, съ другой стороны, идея чиновъ считалась опасной въ борьбѣ съ конституціонализмомъ: сословное государство было еще слишкомъ живуче. Вотъ тутъ и возникаетъ современный монархическій принципъ, какъ догма государственнаго права. Монархи согласились оставить народное представительство, какъ неизбѣжное зло, но отъ формулы объединенія всей власти въ особѣ монарха не отступили. Любопытно, что теоретическая несостоятельность этого положенія была отмѣчена однимъ изъ членовъ Карлсбадской конференціи, который опредѣленно говоритъ, что такимъ образомъ открыто признается суверенитъ монарха, между тѣмъ какъ молчаливо допускается суверенитетъ народа. Тѣмъ не менѣе, въ виду практическихъ соображеній формула была освящена авторитетомъ союзной власти и возведена на степень догмата, съ которымъ нужно было уже считаться, какъ съ фактомъ. Статья 57 стояла дѣйствительно какъ Rocher de bronce и какъ защитникамъ, такъ и противникамъ конституціонализма приходилось брать ее полностью. Нельзя переоцѣнить вліянія этого обстоятельства на дальнѣйшую исторію государственнаго права въ Германіи, въ которую, съ силой положительнаго права, внѣдрилась формула монархическаго принципа. Государствовѣдамъ приходилось вступать въ самыя забавныя противорѣчія—но обойти формулы они не могли; иногда они даже не аргументировали, а прямо ссылались на статью 57. Привычка мыслить въ духѣ монархическаго принципа, навязанная первоначально силой, пріобрѣла понемногу силу традиціи, силу непреложнаго авторитета. Источникъ его забылся, но политическое міровоззрѣніе получило прочный толчекъ. Сила традиціи громадна, и лишь въ послѣднее время сильнѣйшіе умы вѣка понемногу отъ нея освобождаются и низводятъ статьи конституціи, освящающія монархическія границы, съ высоты теоретическаго положенія на степень историческаго пережитка. Насколько трудна эта эволюція, лучшимъ примѣромъ можетъ служить Еллинекъ, который лишь къ концу своей научной карьеры сумѣлъ, и то не вполнѣ, освободиться отъ гнета этой традиціи.

Впрочемъ, кромѣ силы традиціи и инерціи, были и другіе

источники, питавшіе разсматриваемую нами доктрину и не дававшіе ей возможность антиквироваться. Во-первыхъ, союзъ игралъ еще долго значительную роль и поддерживалъ надгосударственный характеръ монархической власти. Далѣе, монархизмъ еще долго имѣлъ большое идейное значеніе, являясь въ гораздо большей степени носителемъ государственности, чѣмъ чины: лучшее доказательство Шталь и его теорія. Въ связи съ этимъ, въ Германіи широкое распространеніе получаетъ пассивный и отрицательный взглядъ на парламентъ, онъ органъ контроля, а не власти; онъ представитель земли, а не государства, идея народнаго представительства сближается съ идеей самоуправленія. Народъ призывается помочь государственной власти: если онъ почему-либо не исполняетъ свой долгъ, обязанности его переходятъ къ государству, воплощаемому монархомъ.

Однако, всѣ эти причины давно отошли въ область исторіи—а монархическій принципъ еще живетъ, и если бы вопросы науки рѣшались большинствомъ голосовъ, онъ былъ бы принятъ почти единогласно, несмотря на то, что онъ въ глазахъ объективнаго наблюдателя разрушенъ даже германской критикой въ самыхъ основаніяхъ. Вотъ какова сила традиціи!

Итакъ, мы постарались доказать, что монархическій принципъ специфически германское явленіе, которое для Германіи только понятно и естественно. Его нужно разсматривать не какъ логическую категорію, а какъ историческое образованіе. Этимъ предрѣшается вопросъ о перенесеніи его съ германской почвы на другую, въ частности же на русскую почву. Всякій, знакомый съ германской литературой, знаетъ, какимъ гнетомъ ложится на мысль авторитетъ вкоренившейся традиціи. Тамъ она была исторически неизбѣжна. У насъ историческая перспектива совсѣмъ иная, и можно только высказать пожеланіе, чтобы наша наука, если уже неизбѣжно руководиться традиціями, вырабатывала бы свои, а не заимствовала отживающія западныя.

Послѣ доклада начались пренія.

Н. И. Лазаревскій началъ свои возраженія съ того, что въ докладѣ правильно подмѣченъ нереакціонный характеръ монархическаго принципа въ первую эпоху его развитія въ Германіи. Но докладъ оставляетъ много неясностей. Прежде всего недостаетъ выясненія юридической природы монархи-

ческаго принципа. Что такое монархическій принципъ? Изъ какихъ элементовъ онъ состоитъ? Неправильна, далѣе, точка зрѣнія, согласно которой монархическій принципъ на протяженіи многихъ десятилѣтій оставался однимъ и тѣмъ же Положеніе докладчика, что монархическій принципъ не заимствованъ изъ Франціи, аргументировано слабо: отсутствіе связи въ этомъ отношеніи между Франціей и Германіей можно было бы доказать только старшинствомъ монархическаго принципа въ Германіи. Монархическія идеи были всегда очень сильны во Франціи, да и всякія, вообще, политическія идеи зарождаются именно во Франціи. Именно изъ Франціи, скорѣе всего, ведетъ свое происхожденіе и монархическій принципъ, Чѣмъ объяснитъ, далѣе, докладчикъ то, что на Вѣнскомъ конгрессѣ о монархическомъ принципѣ еще нѣтъ рѣчи, между тѣмъ какъ уже въ Вюртембергскомъ проектѣ 1816 г. онъ формулированъ съ полною опредѣленностью? Правильно у докладчика чисто теоретическое пониманіе монархическаго принципа въ Германіи въ первую эпоху правильно констатированіе его тогдашней либеральной окраски Но неправильно представленіе, будто сословное представительство начала XIX вѣка было возрожденіемъ стараго сословнаго строя. Далѣе, изъ чисто теоретическаго принципа въ постулатъ практической политики монархическій принципъ превратился внѣ зависимости отъ возникновенія союза,—этотъ послѣдній былъ черезчуръ слабъ для такой роли.

К. Н. Соколовъ, присоединяясь къ замѣчаніямъ Н. И. Лизаревскаго, видитъ главный недостатокъ доклада въ отсутствіи теоретическаго введенія. Монархическій принципъ есть категорія „вѣчная“,—историко-эволюціонное изученіе его можно вести на политической исторіи всякой страны. Всюду, гдѣ былъ абсолютизмъ, есть на лицо и монархическій принципъ Онъ проповѣдуется въ настоящее время и въ Россіи. Что касается происхожденія монархическаго принципа, то заимствованъ онъ только изъ Франціи. Впрочемъ, монархическій принципъ неизбѣжно оказался бы на лицо—при извѣстныхъ условіяхъ—даже въ абсолютно уединенномъ государствѣ. Но именно во Франціи, гдѣ абсолютизмъ былъ особенно силенъ, только тамъ и могло возникнуть понятіе монараическаго принципа.

Гр. П. М. Толстой тоже считаетъ крайностью прово-

димую докладчикомъ точку зрѣнія на германское происхожденіе монархическаго принципа. Въ партикуляризмахъ германской жизни въ началѣ XIX вѣка, въ связи съ средневѣковыми сословными тенденціями, особенно сильными въ германскихъ государствахъ, правильно, казалось бы, усматривать особенно благопріятную почву для распространенія (такъ сказать отъ обратнаго) идеологіи монархическаго принципа и притомъ почву, скрашивавшую реакціонную сущность монархическаго принципа и дѣлавшую его, по крайней мѣрѣ отчасти, даже цѣннымъ въ прогрессивномъ смыслѣ. Но и только. Самъ же по себѣ монархическій принципъ есть, конечно, категорія не національная, а историческая, столь же переносимая, вопреки мнѣнію докладчика, какъ и всякая другая идея, какъ конституціонная идея въ частности, только не вездѣ и не всегда носящая сама въ себѣ тотъ коррективъ, который привходилъ въ ея реакціонную сущность въ условіяхъ германской жизни. Затѣмъ чрезмѣрная изоляція проблемы монархическаго принципа въ докладѣ сказалась въ томъ еще, что одно изъ указываемыхъ докладчикомъ неблагопріятныхъ условій германской жизни начала XIX вѣка для усвоенія конституціонной идеи въ ея чистомъ видѣ—господствовавшее въ то время въ германской жизни пониманіе народнаго представительства, какъ призваннаго только къ огражденію отъ злоупотребленій, а къ не положительному участію въ государственной власти — выставляется въ докладѣ только, какъ особенность германскаго правосознанія, и не поставлена въ связь съ господствовавшимъ вообще въ то время, даже во Франціи, сравнительно узкимъ пониманіемъ задачъ народнаго представительства, какъ участника одной только законодательной власти, но никакъ не исполнительной власти—этимъ конькомъ теоріи раздѣленія властей Монтескье. И тутъ перспектива оказывается нѣсколько искаженной въ докладѣ: болѣе примитивное германское правосознаніе того времени отводило, повидимому, особенно скромную роль народному представительству, но и только. Наконецъ, независимо отъ такого нѣсколько односторонняго освѣщенія вопроса, обращаетъ на себя вниманіе въ докладѣ пробѣлъ по части выясненія содержанія монархическаго принципа, не раскрываемаго докладчикомъ далѣе общей формулы: „монархъ—носитель всей государственной власти“. Между тѣмъ, докладъ, посвященный вопросу о возникновеніи

монархическаго принципа въ Германіи, прежде всего, казалось бы, долженъ былъ бы выяснить, что именно въ то время понималось подъ этимъ принципомъ и въ какомъ направленіи эволюціонировало пониманіе этого принципа. Носила ли, по мнѣнію докладчика, формула „монархъ — носитель всей государственной власти", только такъ сказать декларативный характеръ, въ качествѣ свидѣтельства добровольнаго ограниченія его верховной власти, или она обосновывала какое-либо право монарха — и въ такомъ случаѣ какое же именно? Право ли монарха въ любой моментъ взять обратно всѣ ограниченія своей власти, какъ самоограниченія, не связавшія окончательно его воли, или только право монарха на единоличное осуществленіе и впредь всѣхъ тѣхъ полномочій, которыя expressis verbis не оговорены, какъ подлежащія осуществленію совмѣстно съ законодательными палатами (praesumptio pro rege)? Къ сожалѣнію, докладъ обошелъ эти существенные вопросы молчаніемъ.

Докладчикъ К. І. Зайцевъ въ своихъ отвѣтныхъ возраженіяхъ призналъ, что слѣдовало бы ввести его историческій этюдъ въ болѣе широкія теоретическія рамки. Что же касается существа возраженій, то онъ не можетъ согласиться съ „вѣчностью" монархическаго принципа. Элементы его можно найти вездѣ, этого онъ и не отрицалъ, и въ той же Франціи наканунѣ 30-го года высказывались подобныя идеи въ лагерѣ роялистовъ. Эти элементы носятъ временный, переходный характеръ. Они имѣлись и въ Германіи, но, въ противоположность другимъ странамъ, пріобрѣли тамъ постоянное значеніе, были возведены въ догматъ права и получили развитіе въ доктринѣ. Мало того, они сдѣлались тѣмъ факторомъ, который наука не оцѣнивала, а лишь усвояла. Докладчикъ старался доказать, что монархическій принципъ, будучи адэкватенъ политическимъ условіямъ начала 19-го вѣка, получилъ впослѣдствіи чисто-искусственное значеніе, былъ навязанъ германской политической мысли, и въ этой кристаллизаціи и заключается специфичность этой мысли. Докладчикъ протестуетъ не противъ существованія въ извѣстный періодъ развитія элементовъ монархическаго принципа, а противъ научнаго его значенія, ореоломъ котораго онъ покрытъ въ Германіи. Въ отвѣтъ на возраженіе, будто союзъ не могъ имѣть такой роли, какую ему придаетъ докладчикъ, онъ заявилъ, что имѣлъ въ виду роль союза,

главнымъ образомъ, въ періодъ возникновенія монархическаго принципа, когда она не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію. Что касается до обвиненія въ недостаточной аргументаціи по вопросу о позаимствованіи монархическаго принципа изъ Франціи, то докладчикъ замѣтилъ, что основной его задачей было доказательство ненужности гипотезы заимствованія: онъ старался главнымъ образомъ доказать, что германскій монархическій принципъ вполнѣ и безъ остатка объясняется чисто нѣмецкими мѣстными условіями. Специфичность монархическаго принципа, какъ въ его развитіи, такъ и въ его возникновеніи, остается для докладчика внѣ сомнѣній.

Въ своемъ заключительномъ резюме предсѣдательствовавшій *В. М. Гессенъ* подчеркнулъ, что всюду и всегда въ конституціонныхъ странахъ, въ начальномъ періодѣ ихъ конституціоннаго развитія, проповѣдуется принципъ, согласно которому вся полнота власти принадлежитъ монарху, участіе же въ осуществленіи законодательной власти—народному представительству. Монархическій принципъ провозглашался вездѣ. В. М. Гессенъ присоединяется къ оппонентамъ, говорившимъ, что отсутствіе заимствованія Германіи изъ Франціи не доказано. Ссылка на текстъ хартіи Людовика XVIII недоказательна. Формулировки монархическаго принципа нѣтъ вѣдь и въ прусской конституціи. Ссылка на эту хартію легко опровергается исторіей выработки ея: эта исторія убѣждаетъ въ томъ, что именно во Франціи эпохи Людовика XVIII идея монархическаго принципа имѣла доминирующее значеніе. Монархическій принципъ, вообще, внѣнаціоналенъ: онъ есть исторически необходимый компромиссъ между старымъ и новымъ порядкомъ. Монархическій принципъ знаменуетъ собою перенесеніе на монарха начала народнаго суверенитета. И въ монархическомъ принципѣ, и въ идеѣ народнаго суверенитета „принадлежность“ власти противополагается ея „осуществленію“. Паліенко въ общемъ правъ, когда онъ говоритъ о монархическомъ принципѣ въ Россіи: терминъ „самодержавіе“ означаетъ, что русскій монархъ обладаетъ первоначальною, неделегированною властью, но это не противорѣчитъ факту установленія у насъ началъ конституціонной монархіи. Въ заключеніе В. М. Гессенъ считаетъ долгомъ выразить докладчику отъ имени собранія благодарность за сдѣланное имъ интересное сообщеніе.

Послѣ выраженія собраніемъ благодарности докладчику аплодисментами, засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

5 ноября 1911 года.

Засѣданіе открыто въ $8^1/_2$ час. веч. подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія общества *В. М. Гессена.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества профессора Александровскаго Гельсингфорскаго университета *барона С. А. Корфа*: *„Реформа сената“*.

Тезисы доклада:

1) Выдѣленіе кассаціонныхъ департаментовъ.

2) Упраздненіе судебнаго департамента.

3) Реформа межевого управленія и департамента герольдіи.

4) Учрежденіе *Верховнаго Суда Имперіи въ составѣ* трехъ частей: Верховнаго Кассаціоннаго *Уголовнаго Суда*, Верховнаго Кассаціоннаго *Гражданскаго Суда* и Верховнаго *Административнаго Суда.*

5) Въ компетенціи Верховнаго Административнаго Суда должны быть сосредоточены всѣ судебно-административныя функціи современныхъ центральныхъ органовъ.

6) Кромѣ административныхъ исковъ, въ компетенцію Верховнаго Административнаго Суда включается толкованіе законовъ и правительственныхъ распоряженій съ правомъ представленія о необходимости изданія новыхъ и измѣненія и отмѣны существующихъ законовъ.

7) Составъ Верховнаго Административнаго Суда. Обязательное устраненіе нѣкоторыхъ полномочій министра юстиціи. Назначеніе членовъ Верховнаго Административнаго Суда по представленіямъ либо министра юстиціи, либо самого Верховнаго Административнаго Суда; кооптація предпочтительна.

8) Необходимыя условія назначенія членовъ Верховнаго Административнаго Суда: образовательный и служебный цензы; несмѣняемость; участіе министровъ и генералъ-губернаторовъ безусловно упраздняется.

9) Прокуратура и канцелярія; порядокъ доклада дѣлъ; участіе представителей правительства и частныхъ лицъ; гласность.

10) *Учрежденіе Верховнаго Сената въ составѣ двухъ Департаментовъ.*

11) Компетенцію Перваго Департамента составляютъ: власть надзора и обнародованіе законовъ.

12) Значеніе и объемъ власти надзора; надзоръ за министрами и губернскими установленіями; средства надзора: ординарное—разсмотрѣніе отчетовъ, экстраординарное—сенаторскія ревизіи; дисциплинарная власть сената.

13) Компетенцію Второго Департамента составляютъ дѣла крестьянскія.

14) Составъ Верховнаго Сената; порядокъ и назначеніе сенаторовъ, тождественный порядку и условіямъ назначенія членовъ Верховнаго Административнаго Суда.

15) Реформа прокуратуры, канцеляріи и порядка доклада дѣлъ.

16) Участіе министровъ; необходимость ихъ совѣщательнаго голоса; представленіе объясненій должностными и частными лицами; гласность.

17) *Общія Собранія* подлежатъ упраздненію, равно и нѣкоторыя Соединенныя Присутствія; сохраняются лишь *Соединенныя Присутствія Верховнаго Суда* по надзору за судебными установленіями и для разсмотрѣнія дѣлъ о прекаліяхъ и одно *Соединенное Присутствіе Департаментовъ Верховнаго Сената.*

По открытіи засѣданія слово предоставляется докладчику барону С. А. Корфу, сообщившему слѣдующее [1]).

22-го февраля 1911 г. Сенатъ праздновалъ двухсотлѣтіе своего существованія; въ разныхъ офиціозныхъ журналахъ и органахъ можно было по этому случаю прочесть цѣлый рядъ панегириковъ, иначе, однако, обстоитъ дѣло, если обратиться къ серьезнымъ научнымъ трудамъ; не будемъ уже говорить о монографіяхъ; возьмемъ для примѣра хотя бы курсы русскаго государ-

---

1) Докладъ былъ напечатанъ въ журналѣ «Вопросы Права» за 1912 г., кн. IX (1).

ственнаго права; въ нихъ, начиная съ курса Градовскаго, мы увидимъ почти единодушно-отрицательное отношеніе къ современному строенію Сената; та же мысль находитъ себѣ отраженіе и въ курсахъ по русскому процессу, хотя въ значительно меньшей степени, конечно; процессуалисты располагаютъ большими основаніями быть удовлетворенными кассаціонной половиной Сената.

Обстоятельство это легко понять, если принять во вниманіе тѣ огромныя перемѣны, которыя происходили въ русскомъ государственномъ строѣ за послѣднія двѣсти лѣтъ и, *несмотря* на которыя, Сенатъ продолжалъ оставаться почти неизмѣнно въ прежнемъ своемъ видѣ. Появленіе русской конституціи неизбѣжно должно было нанести послѣдній ударъ; не даромъ, стало быть, какъ разъ въ эту годину тяжелыхъ испытаній можно найти интересные проекты реформы Сената; ею занялись и правительство, оставившее потомству не осуществленный, но прекрасно обработанный проектъ „совѣщанія статсъ-секретаря А. А. Сабурова", и Государственная Дума, также обсуждавшая данный вопросъ и притомъ неоднократно.

Для всякаго государствовѣда, мало-мальски знакомаго съ нашимъ государственнымъ строемъ, должно быть совершенно очевидно, что въ теперешнемъ своемъ видѣ Сенатъ совершенно не удовлетворяетъ современнымъ условіямъ, что его реформа неотложна и необходима.

Присмотримся же ближе къ желательнымъ условіямъ такой реформы.

Во главу дѣла мы ставимъ вопросъ о выдѣленіи кассаціоннаго Сената, созданнаго реформой 1864 года. По способу составленія кассаціонныхъ департаментовъ, по порядку ихъ дѣлопроизводства, положенію ихъ канцелярій и оберъ-прокуратуры, по отношенію къ подчиненнымъ имъ органамъ, по всему отличаются они кореннымъ образомъ отъ такъ наз. административныхъ департаментовъ. Совершенно то же самое слѣдуетъ сказать и о существѣ функцій кассаціоннаго Сената, радикальнымъ образомъ отличныхъ отъ функцій прочихъ департаментовъ. Въ настоящее время, за исключеніемъ ненормальныхъ соединенныхъ присутствій, кромѣ общей крыши, ничего не соединяетъ больше эти двѣ половины Сената. Нѣтъ сомнѣнія, что составители судебныхъ уставовъ 1864 года именно такъ и смотрѣли на дѣло, имѣя въ виду полное выдѣленіе высшаго кассаціоннаго суда въ совершенно самостоятельное учрежденіе; взглядъ этотъ отразился даже на современной редакціи ст. 11 учр. Прав. Сената, въ коей читаемъ: „Сверхъ сего (ст. 10 перечисляетъ какъ бы

ординарный составъ Сената) въ составѣ Прав. Сената образованы два кассаціонныхъ департамента...“; примѣчаніе къ ст. 12 также указываетъ на подобное различіе, такъ какъ учрежденіе кассац. департаментовъ регулируется другимъ законоположеніемъ, не учрежденіемъ Прав. Сената, а судебными уставами. Чрезвычайнымъ архаизмомъ и искусственностью звучатъ статьи 1 и 3 учрежденія Сената, въ коихъ говорится о единствѣ его. Думается, что обѣ половины Сената, кассаціонная и административная, только выиграютъ отъ совершеннаго ихъ отдѣленія другъ отъ друга. Организаціи, функцій, состава, однимъ словомъ, возможной реформы кассац. Сената мы здѣсь касаться не будемъ; это дѣло процессуалистовъ согласовать возможную реформу касс. департаментовъ съ требованіями современнаго процесса и матеріальнаго права (уголовнаго и гражданскаго); въ нашу задачу входитъ только утвержденіе необходимости выдѣленія этихъ департаментовъ въ самостоятельное учрежденіе и образованіе изъ нихъ высшаго кассаціоннаго суда Имперіи.

Просматривая литературу о Сенатѣ какъ теоретическую, принадлежащую нашимъ государствовѣдамъ, такъ и правительственную, различные проекты реформы, включая и проекты Сабуровскаго совѣщанія, мы не нашли *ни одного* аргумента въ пользу сохраненія единства Сената, за исключеніемъ развѣ голословныхъ ссылокъ статьи 1 и 3 учрежденія Сената и утвержденія, что такъ было раньше; при этомъ забывается та огромная пропасть, которая образовалась между двумя половинами Сената въ 1864 году.

Мостомъ, соединяющимъ кассаціонный и административный Сенаты и напоминающимъ о прежнемъ ихъ единствѣ, является отживающій свой вѣкъ судебный департаментъ. Вѣдомство этого департамента составляютъ весьма разнообразныя дѣла, какъ-то: дѣла гражданскія и уголовныя дореформенныхъ судовъ, дѣла по торговой подсудности, межевыя, по продажѣ, залогу и перезалогу имѣній, заповѣдныхъ, находящихся въ пожизненномъ владѣніи, лицъ, состоящихъ подъ опекой, и т. п., дѣла по освидѣтельствованію сумасшедшихъ и т. д. Изъ всѣхъ этихъ дѣлъ приходится въ первую голову выдѣлить межевое вѣдомство и дать ему самостоятельное и независимое существованіе. Мы и здѣсь не будемъ касаться подробностей организаціи межевого дѣла и вѣдомства, какъ выходящихъ за предѣлы нашего изслѣдованія; для насъ безразлично въ данномъ случаѣ, будетъ ли болѣе цѣлесообразнымъ учредить самостоятельное вѣдомство, даже особый межевой судъ, или оставить

его составною частью министерства юстиціи; рѣшеніе всѣхъ этихъ вопросовъ принадлежитъ спеціалистамъ межевого дѣла; при этомъ, однако, не слѣдуетъ упускать изъ виду, что межевое дѣло въ Россіи далеко не второстепеннаго значенія и требуетъ очень внимательнаго къ себѣ отношенія. Для насъ важно одно—отмѣтить необходимость выдѣленія этого дѣла изъ компетенціи Сената, гдѣ оно является пережиткомъ времени, архаизмомъ, отъ котораго страдаютъ какъ оно само, такъ и прочій Сенатъ. Уже давно смотритъ практика Сената совершенно незаслуженно на межевое дѣло, какъ на пасынка, которому необходимо, но столь мало интересно удѣлять хоть нѣкоторое время.

Почти въ аналогическомъ положеніи находится другая часть вѣдомства судебнаго департамента—дѣла по торговой подсудности; насъ также не касается вопросъ о томъ, что лучше было бы создать, верхній торговый или коммерческій судъ, который явился бы кассаціонной и надзирающей инстанціей надъ коммерческими судами, или будетъ найдено возможнымъ вручить эти функціи кассаціонному гражданскому суду [1]); для насъ важно лишь отмѣтить необходимость выдѣленія этихъ дѣлъ изъ вѣдомства Сената. Что касается, затѣмъ, дѣлъ гражданскихъ и уголовныхъ дореформенныхъ судовъ, то эта функція судебнаго департамента сама собой вымираетъ, и уже недалеко то время, когда всѣ подобныя дѣла будутъ окончательно разрѣшены. Остаются, слѣдовательно, дѣла касательно нѣкоторыхъ видовъ недвижимаго имущества и освидѣтельствованія сумасшедшихъ; первыя, совершенно очевидно, подлежатъ передачѣ гражданскому суду или кассаціонному департаменту, вторыя же принадлежатъ вѣдомству административнаго суда. Относительно необходимости упраздненія судебнаго департамента у насъ, впрочемъ, господствуетъ довольно полное единодушіе, вызываемое, главнымъ образомъ прошлымъ, этого учрежденія, являющагося какимъ-то складочнымъ мѣстомъ для всевозможныхъ дѣлъ, не находившихъ себѣ въ Сенатѣ другого пріюта; такъ, въ изданіи учрежденія Прав. Сената 1892 года еще перечислялись (ст. 10) четвертый, пятый и межевой департаменты, слившіеся, затѣмъ, въ одинъ судебный департаментъ.

---

[1]) Разрѣшеніе этого вопроса находится, конечно, въ тѣсной зависимости отъ общаго вопроса сохраненія у насъ особыхъ коммерческихъ судовъ, который придется рѣшать при преобразованіи судебной части Имперіи.

Также совершенно особо стоитъ другое учрежденіе Сената департаментъ герольдіи [1]). Изъ перечисленныхъ въ выноскѣ [2]) дѣлъ, разрѣшаемыхъ этимъ департаментомъ, читатель можетъ усмотрѣть, что всѣ они касаются сословнаго управленія. По своему существу, это все, безъ исключенія, дѣла чисто-административ-

---

[1]) Исторію учрежденія департамента герольдіи можно найти въ „Исторіи Сената за двѣсти пѣтъ“, томъ IV, стр. 356—376.

[2]) Дѣла департамента герольдіи.

№№	Предметъ дѣлъ.	Количество дѣлъ.					
		За 1901 г.		За 1902 г.		За 1903 г.	
		Въ производствѣ находилось.	Изъ нихъ разрѣшено.	Въ производствѣ находилось.	Изъ нихъ разрѣшено.	Въ производствѣ находилось.	Изъ нихъ разрѣшено.
1	По особымъ Высочайшимъ повелѣніямъ . .	202	202	183	183	173	173
2	О княжескомъ, графскомъ, баронскомъ и бекскомъ достоинствахъ	67	27	65	38	77	49
3	О потомственномъ и личномъ дворянствѣ . .	3,005	2,118	2,843	2,073	2,857	1,855
4	О присвоеніи фамиліи и герба	6	4	5	5	3	3
5	Объ утвержденіи гербовъ городовъ и частныхъ лицъ	29	24	36	27	38	30
6	О предоставленіи и перемѣнѣ фамиліи . .	252	195	287	196	316	259
7	О потомственномъ и личномъ почетномъ гражданствѣ	2,413	2,031	2,219	1,792	1,887	1,522
8	О выдачѣ дипломовъ на дворянское достоинство	4	3	6	5	7	5
9	О выдачѣ копій съ гербомъ и родословныхъ	32	27	16	12	32	16

ныя, которыя также никоей стороной не принадлежатъ къ вѣдомству прочихъ учрежденій Сената; герольдія стоитъ одиноко, но подъ той же крышей Сената; участіе ея въ общемъ собраніи Сената представляется намъ совершенной аномаліей, кореннымъ образомъ противорѣчащей существу дѣлъ, составляющихъ ея вѣдомство; къ тому же, весьма ничтожное число дѣлъ восходитъ изъ департамента герольдіи на рѣшеніе общаго собранія. Другой вопросъ, чѣмъ замѣнить этотъ департаментъ; полагаемъ—центральнымъ административнымъ органомъ. Изъ этого положенія вытекаютъ слѣдующія слѣдствія: во первыхъ, такое учрежденіе должно

Дѣла департамента герольдіи.

№№	Предметъ дѣлъ.	Количество дѣлъ.					
		За 1901 г.		За 1902 г.		За 1903 г.	
		Въ производствѣ находилось.	Изъ нихъ разрѣшено.	Въ производствѣ находилось.	Изъ нихъ разрѣшено.	Въ производствѣ находилось.	Изъ нихъ разрѣшено.
10	По представленіямъ разныхъ присутствен. мѣстъ и должностныхъ лицъ и по прошеніямъ частныхъ лицъ о выдачѣ копій съ опредѣленій Сената и другихъ документовъ	1,266	1,094	1,182	1,050	995	789
11	О припечатаніи приказовъ Высочайшихъ и разныхъ присутственныхъ мѣстъ	542	542	732	732	909	909
	Всего . .	7,818	6,267	7,574	6,113	7,294	5,610
	Кромѣ того поступило отъ разныхъ присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ бумагъ, принятыхъ Правительствующимъ Сенатомъ къ свѣдѣнію . . .	4,170	4,170	4,675	4,675	3,295	3,295
	Итого всѣхъ дѣлъ и бумагъ . . .	11,988	10,437	12,249	10,788	10,589	8,905

занять мѣсто въ министерскомъ вѣдомствѣ и именно въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ [1]); во-вторыхъ, центральнымъ органомъ сословнаго управленія былъ бы особый департаментъ этого министерства, къ которому отошли бы также и другія функціи сословнаго управленія центральнаго вѣдомства, какъ, напр., дѣла дворянской канцеляріи, высшій надзоръ за дворянскими собраніями, предводителями и т. д.; подобныхъ дѣлъ и функцій наберется, въ общемъ, довольно изрядное количество, вполнѣ оправдывающее учрежденіе новаго департамента въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ. Но съ другой стороны, кругъ вѣдомства этого новаго учрежденія ограничивался бы дѣлами дворянскаго сословнаго управленія, съ присоединеніемъ къ нимъ, какъ и нынѣ, дѣлъ о потомственномъ и личномъ почетномъ гражданствѣ. Подробности подобной реформы, конечно, выходятъ за рамки даннаго изслѣдованія; намъ важно лишь указать на необходимость выдѣленія герольдіи изъ Сената.

Остаются, такимъ образомъ, лишь департаменты первой и второй.

* * *

Первый департаментъ Сената за минувшее столѣтіе сыгралъ неоспоримо видную роль въ нашей политической и общественной жизни. Съ одной стороны, онъ выступалъ какъ высшій органъ надзора за имперской администраціей, съ другой же,—какъ главный, скажемъ, почти единственный органъ административной юстиціи; въ обоихъ случаяхъ роль и значеніе перваго департамента объясняются тѣмъ, что онъ являлся единственнымъ коррективомъ начальственнаго надзора министровъ, обезпечивая хоть и слабую, все же нѣкоторую гарантію русскимъ гражданамъ противъ нарушенія ихъ правъ органами администраціи [2]). Само собой понятно, что для осуществленія столь важной обязанности этому учрежденію необходимы были какъ независимость, такъ и сильная и авторитетная власть; между тѣмъ, какъ разъ оба послѣднихъ условія, и независимость главнымъ образомъ, въ корнѣ своемъ подтачивались внутренней организаціей департамента и его способомъ работы;

---

1) Намъ не представляется основаній включенія этого дѣла въ вѣдомство министерства юстиціи.

2) Градовскій отмѣтилъ это, указавъ, впрочемъ, что первый деп-тъ „оказывалъ важныя услуги... но не въ силу своего нынѣшняго устройства, а *несмотря* на него“. (Голосъ, 9 сентября, 1880, № 249; соч. томъ VII, стр. 528).

такъ, напр., законная сила сообщалась опредѣленіямъ Сената, не его властью и авторитетомъ, а обусловливалась согласіемъ лица, стоящаго внѣ сенатской коллегіи, генералъ-или оберъ-прокурора; замѣтимъ, кстати, что это опекунское положеніе прокуратуры противорѣчитъ основному принципу учрежденія прав. Сената, выраженному въ 197 статьѣ, гласящей, что „власть пр. Сената ограничивается единою властью Императорскаго Величества"; такое же подтачивающее авторитетъ перваго департамента значеніе имѣетъ порядокъ инстанціоннаго восхожденія дѣлъ въ общее собраніе и далѣе. Наконецъ, аналогичныя послѣдствія имѣютъ порядокъ назначенія сенаторовъ и порядокъ дѣлопроизводства; первый зависитъ также отъ министра юстиціи, по представленіямъ котораго сенаторы назначаются и перемѣщаются изъ департамента въ департаментъ и устанавливаются размѣры ихъ жалованья [1]); второй же находится въ полной зависимости отъ прокуратуры, грѣшитъ массой ненужныхъ формальностей, излишней перепиской и обремененъ громаднымъ количествомъ мелкихъ, неважныхъ дѣлъ, по своему значенію совершенно не соотвѣтствующихъ достоинству высшаго государственнаго органа.

Присматриваясь ближе къ компетенціи перваго департамента мы увидимъ, что функціи его раздѣляются на четыре основныхъ группы: дѣлъ, носящихъ законодательный характеръ, дѣлъ административныхъ, функцій надзора и административной юстиціи; при этомъ двѣ послѣднія группы главенствуютъ, количественно и качественно, надъ прочими.

Россія уже давно нуждается въ самостоятельномъ и независимомъ органѣ административной юстиціи; въ настоящее же время, когда слагаются первые элементы конституціонализма, когда традиціи администраціи еще столь сильно отзываются принципами полицейскаго государства, органы административной юстиціи, въ сугубой мѣрѣ, необходимы для направленія административной практики въ правовое русло; безъ нихъ не въ состояніи правильно слагаться наше зарождающееся административное право; безъ нихъ не могутъ быть обезпечены русскимъ гражданамъ ихъ субъективныя публичныя права; а между тѣмъ, безъ такого обезпеченія не можетъ существовать правовое государство; такимъ образомъ, по

1) Въ царствованія Александра II и III существовало нѣкоторое ограниченіе власти министра юстиціи, состоявшее въ томъ, что представленія о назначеніи новыхъ сенаторовъ шли черезъ комитетъ министровъ.

нашему крайнему разумѣнію, conditio sine qua non обоснованія въ Россіи правового государства является установленіе опредѣленной и ясной системы административныхъ судовъ.

Придавая административной юстиціи столь выдающееся значеніе, мы считаемъ настоятельно необходимымъ обособленіе всѣхъ судебно-административныхъ функцій и передачу ихъ вѣдѣнію самостоятельнаго и независимаго административнаго суда. Съ точки зрѣнія отвлеченнаго принципа, пожалуй, безразлично, будетъ ли подобный административный судъ стоять совершенно обособленно или же будетъ находиться въ совмѣстности съ кассаціонномъ судомъ. Соображенія цѣлесообразности, однако, говорятъ за послѣднюю комбинацію; принимая во вниманіе возможность взаимодѣйствія и совмѣстной дѣятельности административнаго и кассаціоннаго судовъ (напр., въ дѣлахъ о прекаціяхъ) было бы, думается, полезнѣе создать административный судъ рядомъ съ судомъ кассаціоннымъ, такъ сказать, подъ одной крышей, но, конечно, при одномъ обязательномъ условіи—отсутствіи какого-либо органа или инстанціи *надъ* этими судами.

Такимъ образомъ, создавался бы *Верховный Судъ Имперіи*, составленный изъ трехъ частей, судовъ или департаментовъ: уголовнаго, гражданскаго и административнаго. Наименованіе этихъ частей тоже „судами“ представлялось бы наиболѣе цѣлесообразнымъ. Компетенцію административнаго суда составляли бы исключительно однѣ судебно-административныя функціи, но зато всѣ таковыя функціи современнаго центральнаго управленія [1]) и Сената должны быть сосредоточены именно въ его рукахъ.

Верховный административный судъ долженъ будетъ являться судомъ первой инстанціи для нѣкоторыхъ дѣлъ (напр., жалобъ на дѣйствія и распоряженія министровъ и другихъ органовъ центральнаго управленія) и судомъ послѣдней инстанціи для другихъ дѣлъ. Пока у насъ не будутъ реформированы низшія инстанціи административной юстиціи, разныя такъ называемыя присутствія смѣшаннаго состава, верхнему административному суду придется разбирать дѣла не только въ кассаціонномъ, но и въ апелляціонномъ порядкѣ, направляя и руководя практикой низшихъ органовъ и исправляя ихъ ошибки; при проведеніи же подобной реформы мѣст-

1) Напр., гл. фабричн. присутствія (пп. 4—6, ст. 125, по прод. 1906 г., приложенія къ ст. 618[1] учр. мин. I, ч. 2, Св. Зак.) или отдѣльныхъ министровъ. Подробнѣе см. Мою Админ. Юстицію въ Россіи, томъ II, стр. 292 и сл., 310 и сл.

ныхъ учрежденій, мы полагаемъ, эта дѣятельность верховнаго административнаго суда должна стать лишь кассаціонной, разрабатывая русское административное право, давая правовыя директивы низшимъ органамъ административной юстиціи. Въ настоящее время существуетъ рядъ дѣлъ, при разсмотрѣніи коихъ первый департаментъ придерживается строго одного кассаціоннаго порядка; при ближайшемъ знакомствѣ съ этими дѣлами ясно выступаетъ ихъ политическій характеръ; сюда относятся, во 1-хъ, дѣла по усиленной и чрезвычайной охранамъ; Сенатъ въ этомъ случаѣ не рѣшается преступать кассаціонныя грани, за недостаткомъ у него самостоятельности и независимости для провѣрки дѣйствій администраціи въ этой области [1]); во 2-хъ, такимъ же характеромъ отличается разсмотрѣніе дѣлъ „о правахъ службы должностныхъ лицъ“ (уст. о службѣ, гл. образомъ знаменитый третій пунктъ, ст. 788 и 838). Общій порядокъ апелляціоннаго разсмотрѣнія дѣлъ, нынѣ существующій, съ распространіемъ его и на два указанныхъ исключенія, слѣдуетъ сохранить за верховнымъ административнымъ судомъ впредь до реформы мѣстныхъ органовъ и учрежденія низшихъ административныхъ судовъ; этотъ порядокъ является единственно надежнымъ коррективомъ дѣятельности современныхъ смѣшанныхъ присутствій, а вмѣстѣ съ тѣмъ, именно онъ можетъ служить объясненіемъ, почему, несмотря на всѣ свои недостатки, административный Сенатъ все-таки сохранилъ въ теченіе XIX-го вѣка извѣстный престижъ въ глазахъ мѣстнаго населенія.

Тѣсно связанной съ этими функціями должна остаться и впредь функція толкованія законовъ, аналогичная французскому понятію contantieux de l'interprétation; согласно нынѣ дѣйствующему п. 6 ст. 19 учр. прав. Сената (продолж. 1906 г.), I деп-тъ „поясняетъ и подтверждаетъ законы“; сіе можетъ происходить либо по представленіямъ правительственныхъ органовъ (напр., въ порядкѣ статей 176, 190 и 191 учр. мин., изд. 1892 г., или 177 и 280 общ. учр. губ., изд. 1892 г.), либо по ходатайству частнаго лица, либо, наконецъ, по иниціативѣ самого Сената; эта столь существенная функція должна быть сохранена и за верховнымъ административнымъ судомъ, высокое и независимое положеніе котораго будетъ придавать особую авторитетность подобнымъ толкованіямъ закона. Мы не хотимъ, однако, этимъ утверждать, что практика верховнаго административнаго суда должна

[1]) Тамъ же, стр. 368 и сл.

получить безусловно обязательный характеръ; наоборотъ, ея авторитетъ долженъ быть нравственнымъ, обоснованнымъ аналогично авторитету кассаціоннаго суда; другими словами, къ верховному кассаціонному административному суду должны быть примѣнены принципы, изложенные въ ст. 815 уст. гр. суд. и ст. 933 уст. уг. суд.; за признаніе за кассаціонной практикой подобнаго авторитета, *но не болѣе того*, спеціальная литература высказывается съ рѣдкимъ единодушіемъ (см. труды Градовскаго, Таганцева, Лазаревскаго Фойницкаго, Случевскаго, Малышева, Анненкова, Шершеневича и мн. др.); подобный же авторитетъ необходимъ будетъ и верховному административному суду, какъ высшей кассаціонной инстанціи административной юстиціи (этотъ принципъ не слѣдуетъ смѣшивать съ положеніемъ ст. 259[1] учр. суд. уст., о чемъ см. ниже).

Ст. 199 учр. прав. Сената (касательно порядка „представленія изъ губерній о поясненіи и дополненіи законовъ") можетъ быть съ успѣхомъ отмѣнена, такъ какъ тѣ же постановленія изложены съ большей подробностью и обстоятельностью въ подлежащихъ учрежденіяхъ (п. 2 этой статьи, впрочемъ, уже исключенъ въ продолженіи 1906 г.). Также подлежатъ отмѣнѣ статьи 201 и 202 учр. прав. Сената [1]), какъ противорѣчащія судебнымъ уставамъ, духу основныхъ законовъ и современнымъ принципамъ правового государства; должно быть само собою понятнымъ, что всѣ присутственныя мѣста должны рѣшать дѣла на основаніи дѣйствующихъ законовъ и не могутъ пріостанавливать производства по симъ дѣламъ впредь до изданія новаго закона (ср. ст. 9 уст. гражд. суд. и 12 уст. уг. суд. [2]). Статьи эти предусматриваютъ, кромѣ того, возможность почина закона; при конституціонномъ строѣ и намѣчаемой нами реформѣ иниціатива закона въ узкомъ смыслѣ слова не можетъ быть предоставлена верховному суду, но съ другой стороны, послѣднему, казалось бы, нельзя отказать въ возможности возбужденія вопроса объ изданіи новаго закона, и сіе по двумъ причинамъ: съ одной стороны, вопросъ можетъ идти о законахъ, непосредственно касающихся верховнаго суда, его компе-

---

[1]) Текстъ ст. 201 нѣсколько измѣненъ въ продолженіи 1906 г.

[2]) Здѣсь возможна статья въ родѣ статей, находящихся въ уставахъ 1864 г., редактированная напр., слѣдующимъ. образомъ: „Верховный административный судъ основываетъ свои опредѣленія во всѣхъ дѣлахъ на точномъ разумѣ законовъ, а въ случаѣ ихъ неясности противорѣчія, неполноты или недостатка рѣшаетъ дѣло по общему смыслу законовъ".

тенціи, дѣлопроизводства и т. д.; недостатки дѣйствующихъ законовъ въ этой области будутъ извѣстны верховному суду лучше, чѣмъ кому бы то ни было; онъ долженъ былъ бы вслѣдствіе этого располагать средствомъ указывать на исправленіе такихъ недостатковъ; съ другой стороны, при рѣшеніи дѣлъ верховный судъ можетъ усмотрѣть практическіе недостатки законовъ, также требующіе исправленія; и въ этомъ отношеніи указаніе верховнаго суда можетъ быть весьма полезнымъ какъ правительству, такъ и законодательнымъ палатамъ. Такимъ образомъ мы приходимъ къ заключенію, что верховному суду желательно предоставить возможность, въ дополненіе общаго порядка почина законовъ, возбуждать вопросъ объ изданіи новаго закона; всѣ три суда при этомъ должны находиться въ совершенно равномъ положеніи, такъ какъ указанныя соображенія относятся въ той же мѣрѣ къ гражданскому, уголовному и административному судамъ; порядкомъ же возбужденія подобныхъ вопросовъ могъ бы являться мотивированный докладъ верховнаго суда, представляемый министерству юстиціи для дальнѣйшаго направленія.

Итакъ, вѣдомство верховнаго административнаго суда опредѣлялось бы по преимуществу кассаціоннымъ разсмотрѣніемъ административныхъ исковъ; роль апелляціонной инстанціи выдѣлялась бы по своему значенію лишь впредь до реформы низшихъ органовъ административной юстиціи, а затѣмъ сильно бы сократилась съ другой стороны, верховный административный судъ поглотилъ бы всѣ судебно-административныя функціи современныхъ центральныхъ органовъ. Кромѣ того, въ компетенціи этого суда находилась бы описанная нами функція толкованія законовъ, соединенная съ правомъ представленія о необходимости изданія новыхъ и дополненія и отмѣны существующихъ законовъ.

Въ учрежденіи верховнаго административнаго суда должно быть ясно указано, что компетенція его никоимъ образомъ не ограничивается дискреціонными распоряженіями администраціи; въ настоящее время наше законодательство уже стоитъ на такой точкѣ зрѣнія, но не въ желательной мѣрѣ опредѣленно [1]); въ устраненіе возможной неопредѣленности необходима ясная и точная статья закона, говорящая объ этомъ полномочіи административ-

---

[1]) Теоретическое обоснованіе подобнаго выдѣленія репрессивныхъ функцій читатель можетъ найти въ моей Административной юстиціи, т. II, стр. 414 и 484.

наго суда; французское право въ этомъ отношеніи можетъ служить хорошимъ образцомъ.

Наоборотъ, имѣющіяся въ настоящее время въ вѣдомствѣ перваго департамента репрессивныя функціи (подобныя французскому contentieux de la répression), какъ не подходящія подъ понятіе административной юстиціи [1]), должны быть переданы судебнымъ учрежденіямъ; здѣсь имѣются въ виду, главнымъ образомъ, дѣла, вытекающія изъ нарушеній уставовъ казеннаго управленія, дѣла о наложеніи штрафовъ и т. п., о взысканіяхъ таможенныхъ, горныхъ, по промысловому обложенію и т. п. [2]).

Опредѣливъ компетенцію верховнаго административнаго суда, перейдемъ къ вопросу о его составѣ. Мы уже указали выше, что однимъ изъ существенныхъ недостатковъ составленія современныхъ административныхъ департаментовъ Сената является отсутствіе самостоятельности и независимости сенаторовъ, находящихся подъ ферулой министра юстиціи. Рядомъ съ этимъ необходимо поставить не менѣе важный недостатокъ, отсутствіе какого-либо ценза назначенія административныхъ сенаторовъ. Дѣйствительно, какая огромная разница отдѣляетъ сенаторовъ административныхъ департаментовъ отъ сенаторовъ департаментовъ кассаціонныхъ, назначаемыхъ порядкомъ ст. 208 Учр. суд. уст.! Верховный административный судъ требуетъ такого же тщательнаго и осторожнаго составленія, какъ кассаціонный судъ; это и для него conditio sine qua non авторитета и успѣшной дѣятельности. Для достиженія этого условія требуется слѣдовательно: во-первыхъ, устраненіе нѣкоторыхъ полномочій министра юстиціи; члены верховнаго административнаго суда должны быть назначаемы тѣмъ же порядкомъ, какъ и члены кассаціоннаго суда; утвержденіе должно быть предоставлено верховной власти, но представленія къ утвержденію могутъ совершаться двумя путями, посредствомъ докладовъ министра юстиціи и посредствомъ кооптаціи данной коллегіи; послѣдній порядокъ имѣетъ многія очевидныя преимущества [3]), устраняя

---

[1]) См. мою Административную юстицію, т. II, стр. 374 и сл. и приведенную тамъ литературу.

[2]) См. тамъ же, стр. 381.

[3]) И кооптація, однако, имѣетъ свои недостатки; а такъ какъ съ другой стороны, не столько способъ назначенія судей, сколько дальнѣйшая обстановка ихъ дѣятельности и гарантіи ихъ независимости обезпечиваютъ безпристрастность и справедливость судебныхъ рѣшеній мы находимъ возможнымъ предлагать на выборъ указанную альтерна-

окончательно нежелательное вліяніе министра юстиціи; члены данной коллегіи являются наилучшими судьями компетентности кандидатовъ; такой порядокъ соотвѣтствовалъ бы принципамъ ст. 213 учр. суд. уст., предусматривающей возможность кооптаціи членовъ окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ; вредные факторы, воздѣйствующіе на назначенія современнаго порядка, общеизвѣстны; Сабуровское совѣщаніе засвидѣтельствовало намъ, сколь часто сенаторы назначаются по ходатайствамъ министровъ и другихъ главныхъ начальниковъ вѣдомствъ, желающихъ „пристроить" своего кандидата или отдѣлаться отъ какого-нибудь директора департамента. Вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ въ современныхъ кассаціонныхъ департаментахъ, должны быть установлены точные штаты для всего верховнаго суда и разъ навсегда упразднена возможность полученія по представленію министра юстиціи особыхъ окладовъ жалованья; одновременно, законъ долженъ предусмотрѣть порядокъ перемѣщенія членовъ верховнаго суда изъ кассаціоннаго суда въ административный судъ и vice versa; таковое можетъ имѣть мѣсто лишь тѣмъ же порядкомъ, какъ и назначеніе новыхъ членовъ, а никоимъ образомъ не по усмотрѣнію министра юстиціи.

Другимъ вопросомъ являются условія избранія кандидата; таковыми должны быть: юридическое образованіе и служебный стажъ; условія эти для замѣщенія вакансій верховнаго административнаго суда не менѣе важны, чѣмъ условія составленія кассаціонныхъ департаментовъ Сената. Существующее нынѣ требованіе состоянія въ III классѣ могло бы быть безъ затрудненія упразднено, какъ вовсе не гарантирующее верховному суду должнаго состава [1]). Изъ двухъ указанныхъ условій, юридическое образованіе, конечно, наиболѣе существенное; второе является лишь дополненіемъ перваго; первое условіе мы считаемъ абсолютно необходимымъ; оно должно найти себѣ точное выраженіе въ законѣ, въ томъ смыслѣ, что членами верховнаго административнаго суда могутъ назначаться *лишь* лица, получившія юридическое образованіе; второе условіе осуществлялось бы требованіемъ закона прохожденіемъ извѣстнаго стажа предварительно занятія кресла въ верховномъ административномъ судѣ; на первый планъ здѣсь вы-

---

тиву; представленія министра юстиціи о назначеніи членовъ верховнаго административнаго суда можно политически обезвредить, исключивъ изъ нихъ современные одіозные элементы.

[1]) Къ тому же на практикѣ его столь часто обходятъ производствомъ въ чинъ тайнаго совѣтника, одновременно съ назначеніемъ сенаторомъ.

двигались бы тѣ должностныя лица, которыя, занимая административныя должности, имѣютъ возможность ознакомиться съ русскимъ административнымъ правомъ; сюда относились бы: *а*) губернаторы, *б*) директора министерскихъ департаментовъ, *в*) нѣкоторыя другія должностныя лица высшихъ чиновъ, напр., попечители учебныхъ округовъ; четырехъ или пятилѣтній стажъ представляется намъ достаточнымъ; во вторую очередь мы ставимъ юристовъ-практиковъ, оберъ-прокуроровъ, членовъ и предсѣдателей палатъ, другими словами тѣхъ, кои имѣютъ право на назначеніе въ кассаціонные департаменты; предпочтеніе здѣсь должно быть отдано цивилистамъ; участіе юристовъ-профессіоналовъ въ административномъ судѣ окажетъ огромную пользу теоретической разработкѣ нашего административнаго права; мы не видимъ основаній отказывать такому кандидату въ правѣ баллотироваться въ члены верховнаго административнаго суда, если его личные вкусы и наклонности заставляютъ его предпочитать административное право праву гражданскому или уголовному; въ третью очередь мы ставимъ лицъ, занимавшихъ въ теченіе четырехъ или пятилѣтняго срока высшія должности по самоуправляющимся учрежденіямъ напр., предводители дворянства, городскіе головы, предсѣдатели губернскихъ земскихъ управъ; ихъ знаніе практической жизни, соединенное съ юридическимъ образованіемъ, можетъ принести верховному административному суду также много пользы; наконецъ, въ 4-хъ, кандидатами могли бы являться юристы-теоретики, хотя и не имѣющіе служебнаго стажа; мы имѣемъ въ виду докторовъ права; этимъ давалась бы возможность, напр., профессорамъ юридическихъ факультетовъ принимать участіе въ дѣлѣ разработки нашего административнаго права.

Что касается окончанія службы, то всѣмъ членамъ верховнаго суда должна быть обезпечена несмѣняемость и пожизненное членство; одновременно, лицамъ съ разстроеннымъ здоровьемъ или преклоннаго возраста должна быть дана возможность ухода въ отставку съ полной пенсіей; мы не встрѣчаемъ возраженій и противъ установленія предѣльнаго возраста, напр., 65 или 70 л., когда членъ верховнаго суда обязанъ былъ бы уйти въ отставку съ полной пенсіей, кромѣ того, можно бы къ верховному суду примѣнить статью 229 учр. суд. уст., согласно которой, если въ продолженіе одного года должностное лицо судебнаго вѣдомства не будетъ являться на службу и не подастъ въ отставку, предсѣдатель судебнаго мѣста дѣлаетъ ему напоминаніе, а черезъ двѣ не-

дѣли такое лицо увольняется въ отставку. Всякое совмѣстительство должно быть безусловно запрещено членамъ всего верховнаго суда.

Участіе въ верховномъ административномъ судѣ на правахъ членовъ онаго представителей администраціи, напр., министровъ или ихъ товарищей, мы абсолютно отвергаемъ; они всегда будутъ являться заинтересованной стороной и никоимъ образомъ не должны быть судьями въ собственномъ дѣлѣ; этотъ принципъ мы считаемъ однимъ изъ самыхъ существенныхъ для успѣшнаго функціонированія русской административной юстиціи; величайшимъ недостаткомъ современнаго положенія вещей является именно участіе администраціи въ разсмотрѣніи жалобъ на свои собственныя постановленія и дѣйствія [1]); сколь пагубно на ходѣ дѣла въ сенатѣ и его авторитетѣ отражается, напр., необходимость собиранія подъ департаментскими опредѣленіями подписей министровъ, въ чемъ они могутъ съ такою легкостью отказывать! Административный судъ всегда долженъ имѣть возможность выслушать объясненія заинтересованнаго министра, требовать отъ него свѣдѣнія, справки, показанія и т. д., но лишь въ качествѣ стороны въ дѣлѣ [2]).

Этими же принципами опредѣляется и положеніе прокуратуры въ верховномъ судѣ. Мы уже указывали, что правомочія современной прокуратуры служатъ сильнѣйшимъ средствомъ подтачиванія авторитета административныхъ департаментовъ Сената [3]); совре-

---

[1]) Сабуровское совѣщаніе ярко заклеймило участіе министровъ въ первомъ департаментѣ.

[2]) Сіе тѣмъ болѣе относится къ генералъ губернаторамъ. Участіе послѣднихъ въ сенатѣ является и ненужнымъ и вреднымъ архаизмомъ.

[3]) Сабуровское совѣщаніе могло найти только одно соображеніе, въ нѣкоторой мѣрѣ объясняющее доминирующее положеніе прокуратуры, а именно: ея роль юрисконсульта, вслѣдствіе отсутствія у сенаторовъ перваго деп-та спеціальныхъ и юридическихъ познаній; но объясненіе это не можетъ быть разсматриваемо какъ похвала существующему порядку вещей. Ту же мысль можно найти и въ министерскомъ законопроектѣ о реформѣ сената, внесенномъ въ Гос. Думу, гдѣ также говорится, что полномочія прокуратуры и канцеляріи должны быть сохранены въ виду того, что сенаторы не обладаютъ „обширными и глубокими познаніями въ области матеріальнаго права и такою же (какъ сенаторы касс. деп-товъ) опытностью въ мотивировкѣ, примѣненія и толкованіи законовъ“, наоборотъ же, оберъ-прокуроры являются „опытными и свѣдущими юристами“, которые одни могутъ составлять правильныя опредѣленія сената! Нельзя болѣе краснорѣчиво заклеймить существующій нынѣ порядокъ вещей въ административномъ сенатѣ.

менная роль сенатской прокуратуры, опекунская и контролирующая, давно уже единодушно осуждена нашей спеціальной литературой; даже внѣшняя форма оберъ-прокурорскихъ помѣтокъ „читалъ“ и „исполнить“ противорѣчитъ идеѣ сенатской самостоятельности; это такъ наз. „пропускъ“ опредѣленій, которыя могутъ и не быть пропущенными оберъ-прокуроромъ. Невозможна для верховнаго административнаго суда и форма посредничества генералъ-прокурора между нимъ и монархомъ, какъ то теперь существуетъ между сенатомъ и государемъ; при сохраненіи настоящаго порядка довлѣнія прокуратуры надъ сенатскими дѣлами, сенатъ никогда не былъ и не могъ стать хозяиномъ своего положенія. Учрежденіе верховнаго административнаго суда совершенно несовмѣстимо съ подобными полномочіями прокуратуры.

Необходимо, во-первыхъ, возложить на самихъ членовъ верховнаго административнаго суда изготовленіе дѣлъ къ докладу, какъ то имѣетъ мѣсто въ кассаціонномъ сенатѣ, а во-вторыхъ, реформировать положеніе прокуратуры, состоящей при верховномъ административномъ судѣ, по образцу прокуратуры гражданскаго касс. деп-та, съ тѣмъ лишь различіемъ, что въ административномъ судѣ на прокуратуру общимъ порядкомъ можетъ быть возлагаемо представительство интересовъ администраціи и министерствъ; другими словами, оберъ-прокуроръ и его товарищи, состоящіе при верховномъ административномъ судѣ должны ex officio являться представителями вѣдомствъ, которые только въ исключительныхъ случаяхъ посылали бы въ судъ своихъ особыхъ представителей.

Дѣла въ верховномъ административномъ судѣ должны назначаться къ докладу предсѣдателемъ или первоприсутствующимъ (мы отдаемъ нѣкоторое предпочтеніе второму термину). Канцелярія верховнаго административнаго суда должна быть на такомъ же положеніи; она должна собирать всѣ необходимыя свѣдѣнія и данныя подъ наблюденіемъ того члена суда, на коего возложенъ докладъ даннаго дѣла; резолюцію или опредѣленіе членъ верховнаго административнаго суда обязанъ составлять самъ, равно и докладывать дѣло суду; докладъ долженъ быть устный и гласный. Канцелярія должна состоять въ непосредственномъ подчиненіи первоприсутствующему. Самъ же первоприсутствующій долженъ избираться членами верховнаго административнаго суда на извѣстный срокъ (напр., 4 или 5-лѣтлѣтній) и утверждаться въ должности монархомъ, которому представляли бы для сего двухъ или трехъ кандидатовъ; никакихъ особыхъ служебныхъ преимуществъ съ этою должностью не соединялось бы; первоприсутствующій являлся бы одновременно

и органомъ сношеній верховнаго административнаго суда съ прочими высшими органами, монархомъ, законодательными палатами, министрами; черезъ него проходили бы и представленія монарху, касающіяся служебнаго положенія членовъ верховнаго административнаго суда, ихъ наградъ, отпусковъ, отставокъ и т. п.

Принципъ гласности и публичности долженъ найти себѣ полнѣйшее обезпеченіе въ дѣятельности верховнаго административнаго суда; это наилучшая гарантія русскимъ гражданамъ противъ нарушенія ихъ правъ органами администраціи и противъ другихъ злоупотребленій властью; замкнутый и тайный характеръ современнаго производства дѣлъ въ административномъ сенатѣ служитъ сильнымъ тормазомъ укрѣпленію въ глазахъ общества его авторитета; канцелярская тайна, являясь наслѣдіемъ давняго прошлаго, создаетъ къ тому же неравноправность сторонъ, отнимая участныхъ лицъ возможность быть столь же ознакомленными съ дѣломъ, какъ противная, правительственная сторона; вѣдомство имѣетъ въ продолженіе всего дѣла постоянную и полную возможность знакомиться со всѣми подробностями дѣла и защищать свои интересы лично и устно, уже не говоря объ участіи министра въ судейской коллегіи. Такимъ образомъ мы приходимъ и къ необходимости допущенія частныхъ заинтересованныхъ лицъ давать устныя объясненія и участвовать въ качествѣ стороны въ административномъ процессѣ [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ должны быть отмѣнены всѣ стѣснительныя условія написанія, согласно приложенію 1 къ ст. 49 (прим.) учр. пр. сен., жалобъ.

Такова, въ общихъ чертахъ, та организація, которая должна быть дана, по нашему мнѣнію, верховному административному суду.

Но при выдѣленіи всѣхъ судебно-административныхъ функцій, въ компетенціи перваго и второго деп-товъ сената все же остается довольно изрядное количество дѣлъ; намъ необходимо теперь посмотрѣть какъ быть съ этими послѣдними.

* * *

Исключивъ изъ компетенціи современныхъ 1-го и 2-го департаментовъ сената всѣ дѣла судебно-административныя, мы получимъ еще значительный остатокъ дѣлъ, которыя можно раздѣлить

---

[1]) Намъ не представляется необходимымъ ограничить участіе въ административномъ процессѣ частныхъ лицъ одними лишь профессіоналами-адвокатами, какъ то имѣетъ мѣсто напр. во французскомъ государственномъ совѣтѣ; на практикѣ присяжные повѣренные все равно будутъ всегда преобладать.

на четыре группы: во 1-хъ, дѣла мелкія и маловажныя перваго департамента административнаго характера, во 2-хъ, дѣла по надзору, въ 3-хъ, по обнародованію законовъ и, въ 4-хъ, крестьянскія дѣла второго деп-та. Мы начинаемъ съ первыхъ, такъ какъ считаемъ совершенно очевидной необходимость ихъ выдѣленія и передачи вѣдѣнію министровъ; здѣсь имѣется въ виду тотъ историческій остатокъ активныхъ функцій сената, который сложился и сохранился за нимъ еще съ тѣхъ временъ, когда въ XVIII вѣкѣ сенатъ являлся главою всей имперской администраціи; при всѣхъ попыткахъ реформы административнаго сената, во всѣхъ проектахъ подобной реформы, всюду находимъ мы однимъ изъ первыхъ указаніе на необходимость освободить сенатъ отъ этихъ мелкихъ и маловажныхъ административныхъ дѣлъ; сенатъ вовсе не приспособленъ къ веденію подобнаго рода дѣлъ, производство его слишкомъ грузно и медленно, положеніе же въ іерархіи правительственной машины слишкомъ высокое; да и по существу своему эти дѣла принадлежатъ вѣдомствамъ министерствъ. Сабуровское совѣщаніе въ этомъ отношеніи выработало нѣкоторыя пожеланія, которыя, думается, вполнѣ пріемлемы, и съ нашей точки зрѣнія, а именно; 1. Всѣ дѣла съ сословнымъ характеромъ, какъ-то разсмотрѣніе и удостовѣреніе правъ состоянія, перечисленіе и переходъ изъ одного состоянія въ другое, объ актахъ состоянія, о метрическихъ книгахъ, объ опредѣленіи на государственную службу (напр. п. 2 ст. 19 и 21 учрежд. правит. сен. и стт. 42 и 193 уст. служб. прав.),— могли бы перейти къ реформированному вѣдомству герольдіи (см. выше); 2. Туда же отошли бы дѣла объ усыновленіи и узаконеніи, кромѣ дѣлъ, касающихся крестьянскаго сословія (п. 3 ст. 20 учр. прав. сената), которыя слѣдуетъ передать учрежденію, вѣдающему крестьянское дѣло, и дѣлъ съ судебнымъ характеромъ, передаваемыхъ общимъ судамъ; 3. Дѣла объ опекахъ за расточительство (п. 7, ст. 350, т. IX закон. сост.) должны отойти либо къ судебнымъ мѣстамъ, либо къ кассаціонному суду, равно и дѣла о наложеніи штрафовъ по дѣламъ казеннаго управленія (см. выше, такъ называемое contentieux de rèpression); 4. Затѣмъ, всѣ дѣла, въ которыхъ замѣшаны интересы казны (какъ-то: о торгахъ, подрядахъ, договорахъ по арендѣ оброчныхъ статей, начетахъ казны и на казну, о сложеніи безнадежныхъ взысканій, о возвратѣ неправильно поступившихъ въ казну суммъ, продажѣ казенныхъ имуществъ, объ исключеніи изъ казенныхъ имуществъ земель и лѣсовъ, споры между министерствами о казенномъ имуществѣ и

нѣк. др.—перешли бы министерствамъ и государственному контролю [1]), а дѣла о мировыхъ судьяхъ—министерству юстиціи или съѣздамъ мировыхъ судей [2]).

За выдѣломъ этихъ дѣлъ остаются три группы функцій, дѣла по надзору, по обнародованію законовъ, и дѣла крестьянскія, требующія сохраненія особаго высшаго учрежденія, за коимъ можетъ быть даже оставлено наименованіе „сената“, но не правительствующаго, конечно. Этотъ сенатъ дѣлился бы на два департамента, изъ коихъ первый вѣдалъ бы „общій надзоръ за дѣйствіями разныхъ мѣстъ управленія“, согласно п. а, 3, ст. 19 учр. правит. сената и обнародованіе законовъ, а второй—дѣла крестьянскія.

Власть надзора сыграла крупную роль въ нашемъ государствѣ XIX столѣтія; долгое время она представляла единственную гарантію публичныхъ правъ русскихъ гражданъ; за отсутствіемъ административныхъ судовъ гражданамъ приходилось то и дѣло прибѣгать къ помощи іерархическаго надзора для востановленія незаконно нарушенныхъ своихъ правъ, здѣсь, въ организаціи власти надзора, и только здѣсь могли они найти хоть какое-нибудь удовлетвореніе своимъ правовымъ притязаніямъ, и именно въ этой области административный сенатъ или, вѣрнѣе, его первый департаментъ оказывалъ большія услуги русскому правовому развитію, несмотря на всѣ свои органическіе недостатки. Полагаемъ, мы не ошибемся, если припишемъ именно этимъ функціямъ сената XIX вѣка наибольшее значеніе; „если намъ (сенаторамъ) не всегда удавалось доставить торжество закону, писалъ сенаторъ Шумахеръ знаменитому Арцимовичу, то мы все-таки дѣлали для этого все, что было въ нашихъ силахъ“; правда, власть и дѣятельность сената были чрезвычайно стѣснены, охрана правъ и возстановленіе нарушеннаго правопорядка не всегда оказывались достаточно сильными, многое, однако, все же достигалось, и, между прочимъ, сенаторскими ревизіями; въ той вакханаліи расширенія и увеличенія полномочій

[1]) Въ частности къ государственному контролю отошли бы ревизіонныя дѣла, составляющія количественно довольно большую группу въ компетенціи 1-го деп-та сената; многія подобныя дѣла и теперь уже вѣдаются совѣтомъ государственнаго контроля, который съ успѣхомъ могъ бы впредь являться высшимъ органомъ для всего ревизіоннаго дѣла.

[2]) См. журналъ Сабуровскаго совѣщанія, стр. 158 и слѣд. ср. также Коркуновъ, Рус. государст. право, томъ II, стр. 680, изданіе 6-ое 1909 года.

губернаторовъ и генералъ-губернаторовъ, которая такъ долго царила у насъ, сенатъ являлся единственной сдержкой, единственнымъ тормазомъ „свободному усмотрѣнію“ этихъ органовъ администраціи. Мы безъ колебанія приписываемъ заслуги административнаго сената XIX вѣка именно этой его власти надзора „за дѣйствіями разныхъ мѣстъ управленія“ (п. а, 3, ст. 19 учр. правит. сената).

Нѣтъ сомнѣнія, что при правильной постановкѣ института административной юстиціи, съ учрежденіемъ административнаго суда, самостоятельнаго и независимаго, обладающаго достаточнымъ авторитетомъ для неукоснительной защиты субъективныхъ публичныхъ правъ русскихъ гражданъ, роль іерархическаго надзора очень сократится и съузится. Тѣмъ не менѣе, и принимая во вниманіе историческое прошлое этой функціи въ русскомъ государствѣ, мы думаемъ, что за ней все-таки придется оставить нѣкоторую долю значенія; извѣстную пользу власть надзора должна приносить и впредь, въ особенности пока въ Россіи не сложится и не опредѣлится административное право и твердый правовой порядокъ. Какія бы реформы ни проводились въ Россіи, какъ бы ни обновлялся ея строй, можно съ увѣренностью сказать, что слѣды стараго порядка долгоеще продержатся въ пріемахъ и практикѣ нашей администраціи, свобода „усмотрѣнія и распоряженія“ пустила слишкомъ глубокіе корни въ міросозерцаніи чиновника-администратора; одной административной юстиціи, какъ бы благодѣтельны ни были ея вліяніе и значеніе, не искоренить злоупотребленій власти. Имѣя въ виду какъ историческую роль сыгранную властью надзора, этой матерью русской административной юстиціи, такъ и практическое ея значеніе въ видѣ сугубаго контроля администраціи, мы и предлагаемъ сохранить сенатъ, какъ спеціальный органъ надзора, но съ тѣмъ условіемъ, конечно, что всѣ его современныя активныя функціи управленія, какъ то нами указано выше, отошли бы къ министерствамъ; его власть надзора должна быть чисто пассивной, безъ «права исправленія“, на которое нападалъ уже Сперанскій.

Что касается мѣстъ и лицъ, на коихъ должна распространяться власть надзора сената, то попрежнему здѣсь подразумѣвались бы, во-первыхъ министерства и министры, а во-вторыхъ, губернскія установленія; сенату должно быть предоставлено право возбужденія вопроса объ отвѣтственности всѣхъ безъ исключенія органовъ администраціи, начиная съ самихъ министровъ и кончая послѣднимъ урядникомъ, другими словами, мы будемъ имѣть въ

данномъ случаѣ то, что на современномъ офиціальномъ языкѣ называется возбужденіемъ дѣлъ (включая дѣла объ отвѣтственности) въ порядкѣ надзора, когда сенатъ найдетъ злоупотребленія или нарушенія закона въ управленіи; самый терминъ „злоупотребленія" слѣдуетъ точно опредѣлить въ законѣ, во измѣненіе, напр., ст. 203 учр. правит. сената, такъ чтобы понятіе это обнимало всѣ возможныя нарушенія закона, бездѣйствіе власти, и даже безпорядочное веденіе дѣлопроизводства. Нисколько не нарушая іерархическаго подчиненія министровъ монарху, слѣдуетъ вновь придать актуальное значеніе второй части ст. 203, обязавъ министровъ представлять сенату годовые отчеты [1]); здѣсь необходимо воскресить дѣйствіе послѣдней части ст. 216 учр. министр. (изд. 1892), трактующей о надзорѣ сената за министрами, статьи, никогда не отмѣнявшейся, но также никогда не примѣнявшейся; между тѣмъ, практическое значеніе этой стати, уже не разъ отмѣчавшееся въ нашей литературѣ (см., напр. Градовскій, томъ VIII сочиненій, стр. 527), могло бы быть огромно, если бы только дать сенату возможность пользоваться этимъ своимъ правомъ надзора за дѣятельностью министровъ; съ другой стороны, должна разъ навсегда исчезнуть запретная область дискреціонныхъ распоряженій. Сенату также необходимо оставить право контроля министерскихъ распоряженій, провѣркой ихъ при опубликованіи общихъ инструкцій, издаваемыхъ министрами правилъ, постановленій и распоряженій (согласно пун. 7 приложенія къ ст. 318 учр. правит. сената, по прод. 1906 г.), равно и право (согласно закону 6 іюня 1905 г.) разсмотрѣнія донесеній министровъ о „мѣрахъ, принимаемыхъ въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, на основаніи предоставленныхъ министрамъ по закону полномочій" или на принятіе коихъ „послѣдовало Высочайшее соизволеніе въ порядкѣ верховнаго управленія"; другими словами, никакія министерскія мѣры не должны быть изъяты изъ подъ надзора сената [2]).

Столь же широко долженъ быть поставленъ надзоръ сената и

[1]) Какъ то имѣло мѣсто согласно учрежден. министерствъ 1802 года. См. исторію сопротивленія министровъ этому институту, сокрушившаго его весьма скоро; С. К. Гогель, стр. 67—107. Исторіи сената за двѣсти лѣтъ, томъ IV.

[2]) Намъ нѣтъ надобности разъяснять, что подобныя полномочія сената нисколько не подрывали бы авторитета министровъ, какъ то иногда утверждалось, и не могли бы ослаблять заботы ихъ о законом'рности управленія въ расчетѣ на провѣрку мѣръ сенатомъ, и не являлись бы „напраснымъ замедленіемъ" министерскаго управленія.

за мѣстными установленіями [1]); такъ, свои всеподданѣйшіе отчеты губернаторы должны представлять сенату, который по разсмотрѣніи ихъ представлялъ бы монарху, давая одновременно министру внутреннихъ дѣлъ указанія на найденныя нарушенія законовъ.

Далѣе, власть надзора сената должна быть, какъ и нынѣ, соединена съ дисциплинарною властью (напр., съ правомъ дѣлать выговоръ, опубликовывать фамиліи провинившихся чиновниковъ, преданія ихъ суду и т. д.). Затѣмъ власть надзора сената должна также распространяться на органы самоуправленія. Историческое право сенаторовъ представлять монарху „по чистой совѣсти о происходящемъ вредѣ въ государствѣ и о нарушителяхъ закона, имъ извѣстныхъ“ можетъ быть сохранено и впредь, хотя практическое его значеніе никогда не будетъ большимъ [2]).

Такимъ образомъ главными и такъ сказать ординарными средствами сенатскаго надзора являлись бы: 1) непосредственное усмотрѣніе изъ дѣлъ нарушенія закона; 2) отчетность и періодическія донесенія должностныхъ лицъ; 3) донесенія непериодическія, возникающія по одному какому-нибудь дѣлу.

Рядомъ съ этимъ, намъ представляется весьма желательнымъ сохранить въ видѣ экстраординарнаго средства сенаторскія ревизіи; при этомъ долженъ быть измѣненъ порядокъ назначенія такихъ ревизій. Въ настоящее время какъ починъ, такъ и условія времени, мѣста, объема власти ревизоровъ, предѣловъ ревизіи и т. д.— все зависитъ исключительно отъ воли монарха; впредь же необходимо, не ограничивая этихъ правъ монарха, представить законодательнымъ палатамъ, государственной думѣ и государственному совѣту, также право почина въ видѣ права требовать назначенія сенаторской ревизіи [3]). Съ другой стороны, назначеніе сенаторовъ для взысканія недоимокъ (п. 2, ст. 245 у. п. с.) представляется излишнимъ и ненужнымъ. Въ описанномъ видѣ сенаторскія реви-

---

[1]) Современная редакція ст. 204 у. пр. с. крайне недостаточна. Слѣдуетъ сохранить за сенатомъ и право отдавать губернаторовъ, въ числѣ прочихъ особъ 4-го класса подъ судъ (порядкомъ уст. угол. судопр.).

[2]) Ст. 238 учр. пр. сен. Подобное право сенаторовъ должно быть согласовано съ аналогичнымъ правомъ судьи возбуждать дѣла объ усмотрѣнныхъ нарушеніяхъ закона.

[3]) Можетъ быть представлялось бы также полезнымъ сохранить предложенный Сабуровскимъ совѣщаніемъ принципъ, согласно которому самъ сенатъ могъ бы возбуждать вопросъ о назначеніи сенаторскихъ ревизій.

зіи явились бы существенною помощью законодательнымъ палатамъ въ дѣлѣ контроля администраціи и раскрытія злоупотребленій и нарушеній закона.

Наконецъ, что касается послѣдствій сенатскаго надзора, то, какъ и нынѣ, они заключались бы: 1) въ подтвержденіи и разъясненіи законовъ; 2) въ отмѣнѣ распоряженій и постановленій; 3) въ наложеніи дисциплинарныхъ взысканій; 4) въ возбужденіи уголовныхъ преслѣдованій и 5) въ одобреніи сенатомъ дѣйствій мѣстныхъ властей. Особаго вниманія заслуживаетъ дисциплинарная власть сената; этотъ вопросъ долженъ быть поставленъ въ прямую зависимость отъ общей реформы государственной службы, изданія дисциплинарнаго устава и пересмотра порядка преданія должностныхъ лицъ суду; при проведеніи подобной реформы сенатъ явится высшей дисциплинарной инстанціей имперіи [1]); въ предположенномъ нами видѣ онъ былъ бы вполнѣ подходящимъ для этого дѣла органомъ [2]).

Итакъ, власть надзора сената сводилась бы къ слѣдующему: найдя злоупотребленіе или нарушеніе закона, онъ, во-первыхъ, разъяснялъ-бы данному органу въ чемъ заключается неправильность или упущенія, во-вторыхъ, отмѣнялъ бы неправильное постановленіе или распоряженіе, одновременно принимая мѣры къ возстановленію нарушеннаго порядка, и въ-третьихъ, когда признавалъ бы то нужнымъ, привлекалъ бы виновныхъ должностныхъ лицъ къ отвѣтственности, располагая при этомъ дѣйствительными и обширными дисциплинарными средствами. Надзоръ сената долженъ ограничиваться исключительно вопросами законом*ѣ*рности и распространяться на всѣ имперскіе административные органы, считая въ томъ числѣ министровъ, но исключая собственныя Его Величества канцеляріи [3]), министерство Двора со всѣми его учре-

---

[1]) Его положеніе по отношенію къ имперской администраціи было бы тождественно той роли, которую нынѣ, напримѣръ, играютъ высшее дисциплинарное присутствіе и соединенное присутствіе 1-го и кассаціоннаго департаментовъ въ области надзора за судебнымъ вѣдомствомъ.

[2]) Спорнымъ намъ представляется вопросъ о сохраненіи за сенатомъ участія въ назначеніяхъ и утвержденіяхъ въ должностяхъ; вопросъ этотъ придется рѣшить при обсужденіи реформы государственной службы.

[3]) Вѣдомство императрицы Маріи здѣсь не подразумѣвается; его давно уже слѣдовало бы присоединить къ министерству народнаго просвѣщенія.

*

жденіями и государственнаго секретаря, поскольку онъ является начальникомъ канцеляріи государственнаго совѣта [1]).

Рядомъ съ властью надзора мы включаемъ въ компетенцію перваго департамента другую важную функцію—обнародованіе законовъ и заботу объ ихъ распубликованіи; провѣрка формальныхъ признаковъ закона является чрезвычайно важной обязанностью сената, но при условіи, конечно, самостоятельности и независимости этого органа (ср. ст. 93 зак. осн. и п. 1, ст. 19, учр. пр. сен.).

Далѣе, первый департаментъ долженъ былъ бы являться верхнею инстанціею для разбора дѣлъ по пререканіямъ между административными мѣстами и между органами правительственными и самоуправляющихся единицъ. Тотъ же департаментъ разсматривалъ бы въ качествѣ высшей инстанціи и всякіе вообще споры между органами правительственными и самоуправляющихся единицъ; вдѣсь могла бы такимъ образомъ, сосредоточиваться извѣстная, строго опредѣленная закономъ, власть надзора за самоуправленіемъ, въ какой бы формѣ его ни признавали соотвѣтствующія учрежденія и положенія.

Что же касается компетенціи второго департамента, то, за исключеніемъ дѣлъ судебныхъ и судебно-административныхъ, она могла бы остаться въ ея современномъ видѣ, обнимая собой дѣла земельныя, объ общественномъ крестьянскомъ устройствѣ и управленіи и по надзору за крестьянскими учрежденіями, о семейныхъ раздѣлахъ, опекунскія, о мірскихъ земляхъ, башкирскія и горнозаводскія, прибалтійскія, сибирскія, кавказскія, и друг. Для рѣшенія крестьянскихъ дѣлъ, нынѣ восходящихъ въ сенатъ, министерство внутреннихъ дѣлъ врядъ ли можно назвать подходящимъ органомъ; оно не подходитъ къ тому ни по своей организаціи, ни по своей компетенціи, не пользуясь къ тому же достаточнымъ авторитетомъ въ глазахъ общества. Судебныя дѣла 2-го департамента должны, конечно, отойти къ судебнымъ учрежденіямъ.

Осуществляя столь важныя функціи надзора, оба департамента сената должны обладать полной самостоятельностью, и достаточнымъ авторитетомъ. Порядокъ назначенія сенаторовъ долженъ быть аналогиченъ способу назначенія членовъ верховнаго суда, слѣдовательно, либо по представленіямъ министра юстиціи

---

[1]) Сенатскій надзоръ распространялся-бы и на управляющаго дѣлами совѣта министровъ.

либо (по нашему—предпочтительно) кооптаціей сенаторовъ; утвержденіе въ должности принадлежитъ монарху. Условія назначенія должны быть также тождественны, т.-е. обязательное юридическое образованіе и извѣстный служебный стажъ; сенаторамъ, какъ и теперь, придется разбираться, осуществляя власть надзора, въ самыхъ сложныхъ вопросахъ административнаго права; сдѣлать ихъ независимыми отъ канцеляріи или прокуратуры можетъ только самостоятельная и личная подготовка дѣлъ къ докладу и докладъ таковыхъ сенату. Такимъ образомъ и положеніе канцелярій обоихъ департаментовъ сената и состоящей при нихъ прокуратуры должно быть вполнѣ аналогичнымъ положенію канцелярій и прокуратуры верховнаго суда. Сенаторы также должны пользоваться правомъ несмѣняемости, званіе же сенаторское должно быть несовмѣстимо съ какой бы то ни было другой должностью. Сенатъ долженъ имѣть строго установленные въ законѣ штаты, при чемъ общее число сенаторовъ не должно быть велико: 10 или 12 сенаторовъ на каждый департаментъ намъ представляется совершенно достаточнымъ; не надо забывать въ этомъ отношеніи, что компетенція сената будетъ гораздо болѣе узкой, чѣмъ теперь, и ему придется разбирать значительно меньшее количество дѣлъ, такъ что сравненіе съ современнымъ сенатомъ невозможно. Присутствіе въ сенатѣ генералъ-губернаторовъ мы полагаемъ совершенно излишнимъ и даже вреднымъ; это право является историческимъ остаткомъ еще Екатерининскихъ временъ, не имѣющимъ въ настоящее время какого-либо практическаго значенія. Но зато, по отношенію министровъ, мы считаемъ необходимымъ провести отличіе отъ верховнаго суда, допущеніемъ ихъ къ участію въ разсмотрѣніи дѣлъ по надзору. Такое положеніе мы обосновываемъ конструкціей власти надзора сената, которую считаемъ надзоромъ *пассивнымъ*, *іерархическимъ*, *начальственнымъ*; принимая во вниманіе въ особенности послѣдній признакъ, становится очевиднымъ, что министръ является первымъ и главнымъ лицомъ, отвѣтственнымъ за порядокъ въ подчиненномъ ему вѣдомствѣ; съ другой стороны, надзоръ сената имѣетъ цѣлью не столько гарантію правъ гражданъ (какъ то отчасти имѣетъ мѣсто теперь за отсутствіемъ у насъ административнаго суда), каковую функцію мы перенесли въ исключительную компетенцію верховнаго административнаго суда, сколько огражденіе законнаго порядка въ администраціи; соотвѣтствующій министръ долженъ быть первымъ освѣдомленъ для пользы дѣла о найденномъ непорядкѣ въ его вѣдомствѣ, сенату же можетъ быть только выгоднымъ

при разборѣ даннаго дѣла выслушать мнѣніе заинтересованнаго министра. Такимъ образомъ, участіе министра въ разсмотрѣніи дѣлъ по надзору подчиненнаго ему вѣдомства можетъ быть признано полезнымъ; но только такимъ участіемъ присутствіе министра и ограничивалось бы; другими словами, въ иныхъ дѣлахъ, касающихся, напр., другихъ вѣдомствъ или опубликованія законовъ, министры не могутъ участвовать; участіе ихъ, кромѣ того, ограничивается совѣщательнымъ голосомъ; въ постановкѣ рѣшеній они ни въ коемъ случаѣ участвовать не могутъ. Министру должно быть предоставлено право замѣнять себя товарищемъ или инымъ должностнымъ лицомъ; затѣмъ, должны быть указаны въ законѣ средства привлеченія министра къ участію въ разсмотрѣніи дѣлъ его вѣдомства; современный чрезвычайно медленный порядокъ, дающій министрамъ столько возможностей откладывать дѣла и даже совершенно класть ихъ подъ сукно, совершенно неудобенъ; министру должна быть предоставлена возможность участія въ дѣлѣ, но разъ онъ этой возможностью не желаетъ воспользоваться, сенатъ будетъ разсматривать дѣло и безъ него, по крайней мѣрѣ, общимъ порядкомъ; для нѣкоторыхъ дѣлъ, однако, сенату необходимо будетъ выслушать объясненія министра (напр., въ дѣлахъ его лично касающихся); въ такихъ случаяхъ сенатъ, если найдетъ нужнымъ, долженъ имѣть право требовать присутствія даннаго министра, который уже не будетъ имѣть возможности отъ такого вызова въ сенатъ уклоняться; въ другихъ случаяхъ сенатъ можетъ довольствоваться письменнымъ рапортомъ или отзывомъ министра, но съ назначеніемъ для этого гораздо болѣе короткихъ сроковъ, чѣмъ нынѣ существующіе; двѣ недѣли представлялись бы совершенно достаточными. Подробная система перечисленія въ законѣ дѣлъ, при разсмотрѣніи коихъ министръ обязанъ былъ бы участвовать въ сенатѣ, представляется намъ весьма непрактичной; цѣлесообразнѣе предоставить этотъ вопросъ усмотрѣнію самихъ министровъ, сохраняя за сенатомъ право въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ требовать такого личнаго участія или письменнаго заключенія, въ дѣлахъ же, касающихся министра лично, сенатъ долженъ быть обязанъ выждать извѣстный срокъ для личныхъ объясненій и приступать къ разсмотрѣнію даннаго дѣла безъ участія министра лишь по истеченіи такого срока. О разсмотрѣніи всѣхъ дѣлъ, касающихся ихъ вѣдомства, соотвѣтствующіе министры должны быть своевременно увѣдомляемы. Подобнымъ порядкомъ устранялась бы невозможная современная волокита въ сенатѣ, которую даже самъ оберъ-проку-

ръ перваго департамента назвалъ чудовищной, а съ другой стороны, обезпечивались бы въ равной мѣрѣ какъ интересы вѣдомствъ, такъ и важнаго дѣла надзора за законностью ихъ дѣятельности [1]).

Дѣла въ обоихъ департаментахъ рѣшаются простымъ большинствомъ голосовъ, при равенствѣ же раздѣленія голосовъ голосъ предсѣдательствующаго даетъ перевѣсъ. Касательно послѣдняго (для насъ безразлично, какъ его наименовать, первоприсутствующимъ или предсѣдателемъ), мы полагаемъ вполнѣ пріемлемыми принципы, предложенные Сабуровскимъ совѣщаніемъ, а именно: на него возлагались бы слѣдующія обязанности: 1) сношенія съ верховной властью, 2) сношенія по дѣламъ сената съ высшими государственными установленіями, 3) представленія монарху о кандидатахъ-сенаторахъ (въ случаѣ назначенія ихъ посредствомъ кооптаціи), 4) завѣдываніе канцеляріей департамента, 5) назначеніе дѣлъ къ докладу, 6) распредѣленіе ихъ между сенаторами и т. д. (напр., вопросы о службѣ сенаторовъ, объ отпускахъ, наградахъ и т. п.). Сами первоприсутствующіе должны избираться на извѣстный срокъ (4-хъ или 5-лѣтній) департаментомъ и утверждаться монархомъ.

Засѣданія сената должны быть публичными, заинтересованнымъ же лицамъ, какъ частнымъ гражданамъ, такъ и чиновникамъ, должна быть предоставлена полнѣйшая возможность принимать участіе въ разсмотрѣніи дѣлъ, ихъ касающихся, посредствомъ представленія сенату устныхъ и письменныхъ объясненій.

* * *

Намъ остается упомянуть объ общихъ и соединенныхъ собраніяхъ сената, при чемъ приходится начать съ безусловнаго отрицанія возможности допущенія какого-либо инстанціоннаго восхожденія дѣлъ [2]) какъ изъ кассаціонныхъ и административнаго судовъ, такъ и изъ обоихъ сенатскихъ департаментовъ; рѣшенія судебныя и опредѣленія сенатскія должны быть окончательными, какъ одно изъ важнѣйшихъ условій обезпеченія имъ авторитетности, уже не говоря о томъ, что этимъ устранялась бы главнѣйшая причина современной сенатской волокиты; кромѣ того, какъ не разъ уже замѣчалось въ нашей литературѣ, равно и въ офиціальныхъ проектахъ реформы сената, существующія высшія инстанціи, какъ

[1]) Особый порядокъ (стт. 134—144 учр. п. сен.) разсмотрѣнія дѣлъ, поступающихъ изъ военнаго и адмиралтействъ совѣтовъ подлежитъ безусловному упраздненію.

[2]) Безусловно недопустимы и жалобы монарху.

общія собранія, такъ и департаментъ государственнаго совѣта никоимъ образомъ не могутъ считаться болѣе компетентными или авторитетными учрежденіями, чѣмъ сенатскіе департаменты. Методъ восхожденія дѣлъ изъ сенатскихъ департаментовъ является только лишнимъ средствомъ вмѣшательства въ компетенцію сената генералъ- и оберъ-прокуроровъ съ ихъ согласительными предложеніями [1]). Въ законѣ должно быть ясно и недвусмысленно указано, что судебныя рѣшенія верховнаго суда и опредѣленія верховнаго сената являются окончательными. Такимъ образомъ подлежали бы упраздненію общія собранія сената.

Немного иначе обстоитъ дѣло съ присутствіями соединенными; существуетъ нѣкоторая категорія дѣлъ, разсмотрѣніе коихъ могло бы только выиграть отъ совмѣстной дѣятельности членовъ различныхъ отдѣловъ верховнаго суда или сената; такъ намъ представляется полезнымъ сохранить соединенное присутствіе всѣхъ трехъ отдѣловъ верховнаго суда, для разсмотрѣнія дѣлъ касательно судебнаго надзора (согласно современной ст. 119^3 учр. суд. уст.), а равно соед. присутствія: 1) административнаго и гражданскаго кассаціонныхъ судовъ для разсмотрѣнія дѣлъ по пререканіямъ между судебными и правительственными органами (ст. 244 уст. гр. суд., ст. 245 уст. уг. суд. и ст. 117 учр. суд. уст.) и 2) административнаго и уголовнаго кассаціонныхъ судовъ для разсмотрѣнія дѣлъ, упомянутыхъ въ ст. 1094 уст. уг. суд. Эти три соединенныя присутствія и въ современной практикѣ приносятъ несомнѣнную пользу и могли бы съ успѣхомъ быть сохранены и впредь. Съ другой стороны подлежатъ безусловному упраздненію 1) Особое присутствіе для сужденія дѣлъ о государственныхъ преступленіяхъ, по ст. 119^2 учр. суд. уст.; 2) высшее дисциплинарное присутствіе (ст. 119^4); оно представляется намъ совершенно излишнимъ, такъ какъ функціи его могли бы съ успѣхомъ быть возложены на соед. присутствіе (цит. выше) всѣхъ трехъ отдѣловъ верховнаго суда; имѣя въ своей компетенціи судебный надзоръ, оно имѣло бы и дисциплинарную власть надъ судебнымъ вѣдомствомъ; и 3) соединенное присутствіе перваго и

---

[1]) Въ журналѣ Сабуровскаго совѣщанія мы напр. читаемъ: „въ виду испытанныхъ многолѣтнею практикою сената серьезныхъ неудобствъ инстанціоннаго восхожденія дѣлъ, способствующаго лишь замедленію и усложненію дѣлопроизводства, но отнюдь не лучшему рѣшенію дѣлъ— совѣщаніе признаетъ отмѣну сего порядка одною изъ наиболѣе важныхъ и настоятельныхъ мѣръ для возстановленія власти и значенія пр. сената“ (стр. 44).

одного изъ касс. деп-товъ для разсмотрѣнія вопросовъ, возбуждаемыхъ министромъ юстиціи въ видахъ установленія правильнаго и единообразнаго примѣненія закона судебными учрежденіями (ст.ст. 117, 119[5] и 259[1] учр. суд. уст. [1]); послѣднее соед. присутствіе своею практикой [2]) ясно доказало опасность подобнаго принципа, сводящагося къ своеобразному аутентическому толкованію, по указкѣ министра юстиціи; здѣсь не слѣдуетъ смѣшивать этотъ принципъ 259[1] статьи съ вышеуказаннымъ нравственнымъ авторитетомъ опредѣленій верховнаго кассаціоннаго и административнаго судовъ, могущихъ служить къ руководству низшихъ инстанцій; насколько первый вреденъ, настолько второй желателенъ и полезенъ; къ тому же принципъ 259[1] статьи противорѣчитъ основамъ конституціонализма. Наконецъ совершенно излишнимъ (въ четвертыхъ) является общее присутствіе 1-го и касс. деп-товъ, функціи котораго могли бы быть переданы соединенному присутствію всѣхъ трехъ отдѣловъ верховнаго суда.

Сохраняемыя нами соединенныя присутствія не являлись бы, ни въ коемъ случаѣ, какой либо высшей инстанціей надъ верховнымъ судомъ или сенатомъ, а самостоятельными органами для рѣшенія особой категоріи дѣлъ, строго опредѣленной закономъ.

Что же касается двухъ сенатскихъ департаментовъ, то и тамъ намъ представляется цѣлесообразнымъ учрежденіе одного соединеннаго присутствія для разсмотрѣнія дѣлъ, кои касались бы компетенціи обоихъ деп-товъ; если при разсмотрѣніи дѣла въ одномъ изъ деп-товъ окажется, что замѣшаны интересы, касающіеся компетенціи другого деп-та, подобное дѣло должно передаваться на разсмотрѣніе и рѣшеніе соед. присутствія обоихъ деп-товъ.

Дѣлопроизводство, способъ докладовъ, рѣшенія дѣлъ и т. п соединенныхъ присутствій должны происходить тѣмъ же порядкомъ, какъ въ отдѣльныхъ частяхъ верховнаго суда или въ деп-тахъ сената; при соединенныхъ присутствіяхъ верховнаго суда, впрочемъ, должна состоять особая канцелярія въ виду довольно большого и разнообразнаго количества дѣлъ, имъ подвѣдомственнаго; наоборотъ, при соединенномъ присутствіи сенатскихъ деп-товъ такой особой канцеляріи не требуется; соотвѣтственная работа можетъ

---

[1]) Пересмотръ суд. рѣшеній губ. присутствій (119[5]) долженъ отпасть отъ компетенціи верховнаго суда; но вопросъ этотъ связанъ съ реформой нашихъ низшихъ судовъ.

[2]) Напр.: № 20, 1906; № 19, 1907; № 8, 1909 (всѣ касаются членовъ Гос. Думы); № 21, 1910. Особенно характерно дѣло Водовозова.

исполняться канцеляріей того деп-та, въ коемъ дѣло первоначально возникло.

Составъ соединенныхъ присутствій опредѣлялся бы срочнымъ избраніемъ извѣстнаго и притомъ небольшого числа членовъ верховнаго суда или сената; пять членовъ, избранныхъ на 4-хъ или 5-лѣтній срокъ, отъ каждаго суда или деп-та намъ представляется совершенно достаточнымъ; для нихъ не требовалось-бы какого-либо особаго утвержденія въ должности; предсѣдатель каждаго соединеннаго присутствія долженъ избираться на тотъ же срокъ самимъ присутствіемъ. Опредѣленія всѣхъ этихъ присутствій были бы всегда окончательными.

Общія собранія сената и верховнаго суда представляются излишними.

Докладъ вызвалъ оживленныя пренія.

Членъ Гос. Думы *Л. К. Дымша* согласенъ съ С. А. Корфомъ въ настоятельной необходимости реформы Сената. Эта необходимость сознается рѣшительно всѣми, и возраженій противъ нея нѣтъ. Но оппонентъ не согласенъ съ проектомъ раздѣленія нынѣшняго Сената на два отдѣльныхъ учрежденія. Изъ уваженія къ исторической преемственности необходимо оставить Сенатъ единымъ и, что очень важно, оставить за нимъ его старое наименованіе. Сенатъ таитъ въ себѣ большую жизненную силу, и недаромъ онъ одинъ пережилъ всѣ Петровскія учрежденія. Даже и по названію Сенатъ не долженъ быть упраздненъ. Необходимо считаться съ серьезнымъ политическимъ значеніемъ Сената. Въ настоящее время, послѣ реформы нашего государственнаго строя, послѣ провозглашенія конституціи и объединенія дѣятельности министровъ, давленіе на Сенатъ производится не со стороны одного генералъ-прокурора, какъ это было прежде, а со стороны всего кабинета въ его объединенномъ цѣломъ. Необходимо приложить всѣ усилія къ тому, чтобы уберечь Сенатъ отъ такого, развращающаго его, давленія. Необходимо обезпечить Сенату независимость. Реформа административной юстиціи нужна еще и потому, что только она разгрузитъ Гос. Думу отъ нынѣшней перегруженности ея запросами. Полезно было бы также предоставить Сенату право и даже возложить на него обязанность сказать свое слово въ случаяхъ конфликтовъ палатъ

съ правительствомъ. Сенаторами должны именоваться только члены Сената, званіе сенатора должно быть устранено, неприсутствующихъ сенаторовъ не должно быть. Сенаторы должны назначаться непосредственно въ опредѣленный департаментъ. Сенаторами можно назначать только лицъ 3 класса, а не 4, какъ предлагаетъ докладчикъ. Наряду съ предсѣдателями губернскихъ земскихъ управъ, служебный цензъ для назначенія сенаторомъ долженъ бы признаваться и за прослужившими опредѣленное количество лѣтъ въ должности губернскаго предводителя дворянства. Содержаніе сенаторовъ не должно, какъ это имѣетъ мѣсто теперь, зависѣть отъ министра юстиціи и должно выражаться въ суммѣ 10 — 11 тысячъ рублей. Департаменты некассаціонные должны также дѣлиться на отдѣленія. Общія собранія, опять-таки изъ уваженія къ исторіи, слѣдовало бы оставить для особо торжественныхъ случаевъ, напр. для принесенія присяги. И департаментъ герольдіи можно также оставить въ составѣ Сената,—отрицательнаго вліянія на дѣятельность Сената онъ не имѣетъ. Что же касается права надзора, то необходимо, чтобы назначеніе сенаторскихъ ревизій могло имѣть мѣсто по иниціативѣ самого Сената, усматривающаго, напр., необходимость въ ревизіи изъ представленнаго на его разсмотрѣніе отчета. Сенату слѣдуетъ, далѣе, предоставить право контроля надъ чрезвычайными административными мѣрами съ правомъ отмѣны въ случаѣ ихъ незаконности. За прокуратурой никогда, въ противность мнѣнію докладчика, не должно быть признаваемо значеніе стороны, — она во всѣхъ случаяхъ, хотя бы и въ отсутствіи соотвѣтственнаго министра, должна давать только свои заключенія. Непріемлемо предположеніе Сабуровской комиссіи предоставить Сенату право представленія Монарху о необходимости изданія новаго закона. Такое право создало бы смѣшеніе властей. Правильнѣе предоставить Сенату въ такихъ случаяхъ сообщать о встрѣченной необходимости въ изданіи новаго закона предсѣдателю совѣта министровъ. Допущеніе частныхъ лицъ на правахъ сторонъ, рекомендуемое докладчикомъ, оппонентъ также считаетъ справедливымъ и необходимымъ.

В. П. Семеновъ-Тяньшаньскій не понимаетъ, о какихъ правительственныхъ распоряженіяхъ говорилъ докладчикъ, рекомендуя предоставить толкованіе ихъ проектируемому имъ

верховному административному суду. Понятно бы, если бы рѣчь шла о „мѣрахъ", принимаемыхъ по ст. 87 осн. зак. Но вѣдь не эти послѣднія имѣетъ, повидимому, въ виду докладчикъ. Толковать же обычныя распоряженія административныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ, нельзя, — ихъ можно только или признавать правильными или, какъ неправильныя, отмѣнять. Непрактично предоставить частнымъ лицамъ право обращаться къ высшему органу административной юстиціи съ предложеніемъ истолковать тотъ или иной законъ. Нельзя возложить такую обязанность и на высшій судъ Имперіи. Законы толкуются только на практикѣ, при возникновеніи сомнѣній въ ихъ истинномъ смыслѣ въ отдѣльныхъ, частныхъ случаяхъ; поэтому, просьбы о такомъ толкованіи могутъ исходить лишь отъ исполнительной правительственной власти, подчиненной верховному органу административной юстиціи, но не отъ частныхъ лицъ—внѣ какого-либо частнаго дѣла. Право надзора должно быть признано и за II департаментомъ, какъ это существуетъ и нынѣ. Законодательнымъ палатамъ не можетъ быть предоставлено право назначенія сенаторскихъ ревизій, ибо экстраординарная форма надзора можетъ осуществиться лишь по иниціативѣ того учрежденія которому принадлежитъ и ординарная форма, т.-е. высшимъ органомъ административной юстиціи. Что касается общихъ собраній, то необходимо имѣть въ виду, что компетенція ихъ за послѣднее время подвергалась сильному сокращенію (дѣла о выборахъ, объ обложеніи, о землеустройствѣ сельскихъ обывателей и пр.). По вопросу о соединенныхъ присутствіяхъ правильнаго взгляда держалась Сабуровская комиссія—они практически необходимы, и засѣданія должны имѣть мѣсто по иниціативѣ отдѣльныхъ департаментовъ. Всеподданнѣйшія жалобы на рѣшенія Сената, разумѣется, допускаться не должны, и рѣшенія Сената должны быть окончательными, какъ это уже и теперь существуетъ въ отношеніи нѣкоторыхъ дѣлъ, разсматриваемыхъ административными департаментами Сената (см. новый законъ о землеустройствѣ 29 мая 1911 г.).

Членъ Совѣта Государственнаго Контроля *Ав. В. Васильевъ* обращаетъ вниманіе на крупный пробѣлъ въ докладѣ. Первый департаментъ является въ настоящее время высшею контрольною инстанціей, въ которую переносятся дѣла изъ Совѣта Государственнаго Контроля, который является не только

совѣщательнымъ, но и рѣшающимъ учрежденіемъ. Докладомъ не предусмотрѣна судьба этихъ дѣлъ. Дѣла эти—по начетамъ органовъ контроля—очень важны. Оппонентъ полагаетъ, что было бы цѣлесообразно ввести Совѣтъ Государственнаго Контроля, въ качествѣ высшей и окончательной ревизіонной инстанціи, въ составъ Сената, какъ одинъ изъ его департаментовъ. Обращаясь къ вопросу о независимости Сената, нельзя разсчитывать на то, что она будетъ достигнута установленіемъ новаго порядка назначенія и устраненія сенаторовъ. Съ формальной стороны, по закону, сенаторы независимы и теперь. На дѣлѣ же, дѣйствительно, Сенатомъ, къ великому несчастью для родины, утрачена принадлежащая ему по закону независимость, а вмѣстѣ съ независимостью утраченъ и всякій авторитетъ. Нельзя возлагать въ этомъ отношеніи надежды на кооптацію—она врядъ ли поможетъ дѣлу. Назначеніе сенаторовъ должно принадлежать Монарху. Нецѣлесообразно предоставить „Правительствующему“ Сенату право доводить о встрѣченной необходимости въ изданіи новаго закона до свѣдѣнія главы подчиненнаго ему учрежденія—предсѣдателя совѣта министровъ: въ такихъ случаяхъ достойно Сената—обращаться къ одному Монарху.

И. А. Блиновъ также высказывается противъ раздѣленія единаго Сената на два учрежденія. Нельзя отдѣлять надзоръ отъ административной юстиціи: по существу своему, первый есть родовое понятіе, вторая же—лишь видовое. Очень часто Сенатъ, разсматривая какое-либо дѣло въ качествѣ органа административной юстиціи, принимаетъ тѣ или иныя мѣры въ порядкѣ надзора и отъ этого только выигрываетъ дѣло охраны законности въ управленіи. Въ связи съ вопросомъ о служебномъ цензѣ для назначенія сенаторовъ, полезно было бы назначать сенаторовъ, какъ это дѣлается во Франціи въ отношеніи назначенія членовъ государственнаго совѣта изъ maîtres des requetes (старшихъ докладчиковъ)—изъ чиновъ оберъ-прокуратуры и канцеляріи. Говоря о средствахъ надзора, докладчикъ упустилъ одно изъ существенныхъ — сообщенія частныхъ лицъ. Вопросъ о докладѣ дѣла въ Сенатѣ очень сложенъ, такъ какъ дѣла слишкомъ разнообразны и, чтобы разобраться въ нихъ, нужно спеціализироваться. Съ докладомъ никогда не справятся сенаторы. Въ настоящее время въ Первомъ Департаментѣ имѣется 16 лицъ исполняющихъ

должности Товарищей Оберъ-Прокурора и Оберъ-Секретарей и 26 помощниковъ оберъ-секретаря, при чемъ между ними дѣла распредѣлены такъ, что они имѣютъ возможность специализироваться. Къ тому же Первый Департаментъ чрезвычайно перегруженъ. Сенаторы, если бы возложить на нихъ доклады по дѣламъ, не въ состояніи будутъ справиться съ колоссальнымъ количествомъ и величайшимъ разнообразіемъ дѣлъ. Введеніе доклада сенаторами заставитъ ихъ специализироваться, погрузиться въ одну какую-либо категорію дѣлъ, что врядъ ли принесетъ пользу дѣлу. Общія собранія необходимо оставить, только на нихъ слѣдуетъ возложить лишь разъясненіе законовъ. Независимость Сената чрезвычайно существенна, и поднятіе ея представляетъ дѣло первостепенной важности и неотложной необходимости. Но въ этомъ отношеніи несущественны ни устанавливаемые докладчикомъ принципы комплектованія сенаторовъ, ни выдвигаемый имъ образовательный цензъ, такъ какъ и теперь въ составѣ присутствующихъ сенаторовъ Перваго Департамента имѣются только два сенатора безъ высшаго образованія. Высшее образованіе нужно, но оно не обезпечиваетъ, само по себѣ, независимость. Процессъ (дѣлопроизводство) настоятельно нуждается въ реформѣ, онъ крайне сложенъ и вообще устарѣлъ. Затѣмъ, говоря о преобразованіи Сената, нужно подчеркнуть необходимость расширенія правъ Сената по возбужденію уголовной отвѣтственности должностныхъ лицъ, это вопросъ первостепенной важности. Расширеніе въ этомъ отношеніи правъ Сената окажетъ огромную услугу дѣлу водворенія законности въ управленіи.

Сенаторъ *С. В. Ивановъ* останавливается, въ виду поздняго времени, лишь на нѣкоторыхъ сторонахъ доклада. Сенатъ давно потерялъ свою самостоятельность и независимость. Онъ потерялъ ихъ еще въ 1802 г., когда, въ видѣ *временной* мѣры, соединили въ одномъ лицѣ должности генералъ-прокурора и министра юстиціи. Вмѣшательство министра юстиціи въ дѣятельность сената проводится въ настоящее время съ ни передъ чѣмъ не останавливающеюся энергіей, проводится и прямо и косвенно. Ст. 158 учр. сен. ставитъ опредѣленія сената въ полную зависимость отъ усмотрѣнія министра юстиціи. Министръ юстиціи имѣетъ безграничное вліяніе на измѣненіе состава сената (назначеніе, перемѣщеніе).

Давленіе его идетъ, наконецъ, черезъ посредство оберъ-прокурора и канцеляріи. Нельзя согласиться съ докладчикомъ, когда онъ рекомендуетъ назначеніе членовъ и верховнаго административнаго суда и верховнаго сената по представленію министра юстиціи. Эти представленія должны быть дѣлаемы только самимъ сенатомъ, — иначе ни о какой независимости сената говорить нечего. Неудаченъ и непонятенъ терминъ „Верховный сенатъ". Идею созданія у насъ верховнаго административнаго суда слѣдуетъ привѣтствовать. Но предварительно необходимо созданіе низшихъ органовъ административной юстиціи. Въ общемъ, схема, предложенная докладчикомъ пріемлема. Что касается возложенія доклада дѣла и въ некассаціонныхъ департаментахъ на самихъ сенаторовъ, то не подлежитъ спору и сомнѣнію, что такая реформа необходима. Но необходимо имѣть при этомъ въ виду и то, что большая часть наличнаго состава сената, не считая сенаторовъ кассаціонныхъ департаментовъ, дѣлать доклада не умѣетъ. Объ этомъ поднималась рѣчь и въ Сабуровской комиссіи, гдѣ было замѣчено по этому поводу, что сенаторы некассаціонныхъ департаментовъ не въ состояніи сдѣлать доклада ни по какому дѣлу: по характеру своей прежней службы они, по общему правилу, привыкли къ тому, чтобы во всѣхъ случаяхъ доклады дѣлались имъ, — самимъ имъ докладывать дѣла не приходилось. Вопросъ о реформѣ сената поставленъ на очередь давно. Но реформѣ этой до сихъ поръ не суждено было подвинуться впередъ. Необходимо возбудить вопросъ о реформѣ въ законодательныхъ палатахъ.

Гр. П. М. Толстой отмѣчаетъ нѣсколько схематическій и такъ сказать раціоналистическій характеръ предлагаемой докладчикомъ реформы сената. То обстоятельство, что докладчикъ порываетъ даже съ самымъ названіемъ сената, придумывая новое — верховный судъ въ составѣ, между прочимъ, верховнаго административнаго суда—является какъ разъ частичнымъ проявленіемъ раціоналистической схемы, имъ усвоенной. Таже схематичность построенія доклада сказалась въ томъ, что докладчикъ мало позаботился поставить въ преемственную связь свой проектъ реформы сената съ предшествующей работой юридической мысли въ этомъ направленіи, въ частности, съ проектомъ Сабуровскаго совѣщанія и съ аналогичнымъ заявленіемъ 39 членовъ Государственнаго Совѣта во

II сессію реформированнаго Государственнаго Совѣта (1907 г.), послужившемъ предметомъ весьма оживленныхъ и даже страстныхъ преній въ общемъ собраніи Государственнаго Совѣта (въ результатѣ которыхъ заявленіе было отклонено 75 голосами противъ 71), и съ внесеннымъ въ Государственную Думу Министромъ Юстиціи „проектомъ нѣкоторыхъ измѣненій въ порядкѣ производства и рѣшеній дѣлъ въ департаментахъ Сената прежняго устройства", вызвавшимъ, какъ извѣстно, довольно оживленный обмѣнъ мнѣній въ судебной комиссіи III Государственной Думы при дѣятельномъ участіи, между прочимъ, члена Думы проф. Дымши. Восполнить этотъ, такъ сказать, историческій пробѣлъ мнѣ прежде всего и хотѣлось бы. Дѣло въ томъ, что предлагаемыя бар. Корфомъ основанія реформы Сената отчасти повторяютъ только то, что усвоено даже въ самомъ скромномъ проектѣ — министра юстиціи; это такъ сказать — общепризнанный minimum необходимой реформы, признаваемый самой заинтересованной стороной—правительствомъ. Отчасти бар. Корфъ отстаиваетъ положенія, ранѣе формулированныя Сабуровскимъ совѣщаніемъ и заявленіемъ 39 членовъ Государственнаго Совѣта — положенія, съ которыми несогласно только правительство. И, наконецъ, къ этимъ положеніямъ бар. Корфъ добавляетъ рядъ положеній, принадлежащихъ уже его личному почину. Что касается прежде всего проводимыхъ въ докладѣ положеній, уже признанныхъ въ проектѣ министра юстиціи, то сюда относятся: 1) отмѣна архаическаго требованія единогласія для окончательныхъ рѣшеній, сохранившагося до сихъ поръ для большинства дѣлъ въ старыхъ департаментахъ Сената (статистическая справка, составленная сенатской канцеляріей для Сабуровскаго совѣщанія, о движеніи дѣлъ за 10 лѣтъ съ 1895 г. по 1904 г. свидѣтельствуетъ, что изъ 838 дѣлъ, доложенныхъ за этотъ періодъ въ первомъ общемъ собраніи, только 258 дѣлъ, или менѣе $^1/_3$ рѣшены единогласно, и изъ 942 дѣлъ, перенесенныхъ въ первое общее собраніе, 253 дѣла, или больше $^1/_4$, были перенесены за разногласіемъ сенаторовъ въ департаментахъ); 2) допущеніе частныхъ лицъ, въ качествѣ стороны, къ участію въ засѣданіяхъ; 3) отмѣна права пропуска сенатскихъ рѣшеній со стороны оберъ-прокуратуры и министра юстиціи, какъ генералъ-прокурора. Все это положенія, настолько назрѣвшія и без-

спорныя, что, разумѣется, они не вызываютъ никакихъ сомнѣній. Далѣе, въ отличіе отъ министерскаго проекта, но въ общемъ заодно съ Сабуровскимъ совѣщаніемъ и съ заявленіемъ 39 членовъ Государственнаго Совѣта, въ планѣ реформы сената бар. Корфа намѣчается рядъ не менѣе необходимыхъ реформъ теперешняго устройства I департамента, именно: 1) упраздняется теперешнее участіе въ рѣшеніи дѣлъ заинтересованныхъ министровъ, играющихъ въ настоящее время совершенно неумѣстную роль судей въ собственномъ дѣлѣ и своимъ привилегированнымъ участіемъ въ значительной степени предопредѣляющихъ въ настоящее время исходъ дѣлъ (статистическая справка, составленная сенатской канцеляріей для Сабуровскаго совѣщанія, свидѣтельствуетъ, напримѣръ, что по дѣламъ министерскаго доклада въ I департаментѣ за 1901—1904 гг. было доложено 638 министерскихъ отзывовъ на проекты опредѣленія, изъ коихъ 295, т. е. почти половина, была принята). 2) Упраздняется какъ переносъ дѣлъ по тѣмъ или другимъ поводамъ изъ департаментовъ въ общія собранія, такъ и принесеніе всеподданнѣйшихъ жалобъ на департаментскія рѣшенія, благодаря чему за рѣшеніями I департамента обезпечивается, наконецъ, сила окончательныхъ рѣшеній, столь необходимая для авторитета судебныхъ рѣшеній и столь желательная въ видахъ ускоренія разрѣшенія возникающихъ дѣлъ. 3) Вводится ближайшее участіе самихъ сенаторовъ въ изготовленіи дѣлъ къ дѣлу къ докладу и порядокъ устныхъ докладовъ дѣлъ въ засѣданіяхъ самими сенаторами,—нововведеніе, на которомъ докладчикъ особенно настаивалъ и имѣлъ, конечно, всѣ основанія настаивать, сколько бы ни силились правящіе круги доказать преимущества теперешняго порядка изготовленія докладовъ сенатской канцеляріей и вообще нежелательность болѣе активной роли самихъ сенаторовъ за счетъ менѣе активной роли сенатской канцеляріи. Слишкомъ уже явно несостоятельными представляются приводимыя соображенія въ защиту status quo ante въ этомъ отношеніи, всѣ эти соображенія, повторяемыя на разный ладъ, что „сенаторы департаментовъ прежняго устройства, въ виду условій ихъ предшедшей административной дѣятельности, обыкновенно не имѣли возможности пріобрѣсти опытности въ изготовленіи дѣлъ къ докладу, въ устномъ докладѣ дѣлъ и въ составленіи мотивированныхъ опредѣленій“, что „сенаторы департаментовъ прежъ-

няго устройства, съ самаго начала своей дѣятельности въ сенатѣ, встрѣчаются съ крайне разнообразной областью сложныхъ и иногда чисто спеціальныхъ вопросовъ и не обладаютъ такой опытностью въ мотивировкѣ примѣненія и толкованія законовъ, какъ сенаторы кассаціонныхъ департаментовъ" (говоря словами краткой объяснительной записки къ проекту министра юстиціи), или что „предшествующая дѣятельность высшихъ чиновниковъ административнаго вѣдомства, вступившихъ затѣмъ въ коллегію I департамента сената,... не можетъ сама по себѣ считаться подготовкой къ послѣдующему техничему труду изложенія тѣхъ или другихъ юридическихъ положеній, съ пространной письменной мотировкой оныхъ. Такой трудъ сенаторовъ административныхъ департаментовъ, *требуя* отъ нихъ *крайняго напряженія силъ*, несомнѣнно вредно бы отразился на существѣ самихъ рѣшеній, ибо очевидно, что на должностное лицо, въ теченіе всей своей предшествующей дѣятельности *принимавшее доклады, отдававшее приказы и поручавшее мотивировку* сихъ приказовъ другимъ, нельзя въ конечной фазѣ его службы возлагать обязанность личнаго доклада, письменнаго изложенія и мотивировки рѣшенія, иногда несогласнаго съ мнѣніемъ его, какъ докладчика", и что „если бы предоставить сенатору самостоятельно разбираться въ предшествующей практикѣ департамента и во всемъ разнообразіи восходящихъ на разсмотрѣніе сего департамента дѣлъ, то *прошли бы цѣлые годы*, пока онъ успѣлъ бы сколько-нибудь въ этомъ отношеніи оріентироваться" (говоря еще болѣе откровенными словами докладной записки оберъ-прокурора I департамента Добровольскаго, представленной въ Сабуровское совѣщаніе). Всѣ эти соображенія убѣждаютъ только въ одномъ, что теперешній составъ I департамента совершенно не подготовленъ къ самостоятельной работѣ, но выводъ отсюда, казалось бы, менѣе всего могъ бы быть сдѣланъ тотъ, что и на будущее время предпочтительно сохранить активную роль за канцеляріей, болѣе опытной въ юридическихъ тонкостяхъ, чѣмъ сенаторы, и лучше г.г. сенаторовъ умѣющей излагать письменно и устно свои мысли: выводъ, казалось бы, напрашивается противоположный—въ сенаторы должна назначаться иная категорія лицъ, подготовленная своей предшествующей дѣятельностью къ роли судей административной юстиціи, между прочимъ, конечно, и быть можетъ прежде всего, изъ

лицъ, прошедшихъ какъ разъ школу сенатской канцеляріи. Само по себѣ, вѣдь, перенесеніе центра тяжести съ зависимыхъ чиновниковъ сенатской канцеляріи на независимыхъ членовъ сенатской судейской коллегіи представляется, конечно, во всѣхъ отношеніяхъ только желательнымъ. А что сенаторамъ административныхъ департаментовъ должна быть, въ большей, чѣмъ въ настоящее время, степени, обезпечена независимость,— въ этомъ опять таки бар. Корфъ сходится съ Сабуровскимъ совѣщаніемъ, совершено справедливо настаивая на необходимости опредѣленныхъ штатовъ, съ точно опредѣленнымъ окладомъ содержанія и не допуская перемѣщенія сенаторовъ безъ ихъ согласія. Въ частности, существенное значеніе имѣла бы поправка (къ ст. 5 учр. сената), предложенная думской подкомиссіей о реформѣ сената, о томъ, что сенаторы назначаются „*съ опредѣленіемъ каждаго изъ нихъ въ департаментъ*“,— поправка, принадлежащая иниціативѣ члена Гос. Думы Дымши, выдвинутая имъ и сегодня въ его рѣчи. Правда, означенная поправка встрѣтила въ судебной комиссіи рѣшительный отпоръ со стороны представителя правительства, министра юстиціи, съ точки зрѣнія нарушенія прерогативъ монарха и основныхъ законовъ, въ виду того, что однимъ изъ правъ монарха является пожалованіе званія сенатора, но такой формальный отводъ никоимъ образомъ не можетъ быть принятъ, такъ какъ прерогативами монарха, забронированными отъ прикосновенія законодательныхъ палатъ по ихъ собственной иниціативѣ, могутъ считаться лишь полномочія, спеціально предусмотрѣнныя основными законами; между тѣмъ, вошедшее въ практику пожалованіе именно званія сенатора не только не предусматривается въ качествѣ единоличнаго полномочія монарха основными законами (ст. 19 осн. зак. ограничивается общимъ указаніемъ, что „Государь Императоръ жалуетъ титулы, ордена и другія государственныя отличія, а также права состоянія“), но и не предусматривается учрежденіемъ сената въ качествѣ голаго государственнаго отличія. Равнымъ образомъ, вполнѣ правомѣрнымъ, съ точки зрѣнія основныхъ законовъ, представляется и измѣненіе порядка комплектованія сенаторовъ, вмѣсто ихъ порядка назначенія „по непосредственному избранію Императорскаго Величества“, какъ гласитъ ст. 5 учрежд. сената (по представленію министра юстиціи, какъ это имѣетъ мѣсто на практикѣ)—измѣненіе, проектируе-

мое какъ Сабуровскимъ совѣщаніемъ и 39 членами Гос. Совѣта, такъ и бар. Корфомъ, предпочитающими порядокъ представленія со стороны самой корпораціи (черезъ первоприсутствующаго съ утвержденія верховной власти). Ст. 17 осн. зак. оставляетъ въ этомъ отношеніи полный просторъ законодательному измѣненію дѣйствующаго порядка назначенія сенаторовъ, такъ какъ ею предусматривается только, что „Государь Императоръ назначаетъ и увольняетъ... министровъ..., а также прочихъ должностныхъ лицъ, *если* для послѣднихъ *не установлено закономъ* иного порядка назначенія и увольненія". Другое дѣло, насколько назначеніе не по „непосредственному избранію" самой верховной власти, а по представленію самой корпораціи представляется пріемлемымъ для всякаго правительства, а тѣмъ болѣе для нашего, откровенно признающаго, устами объяснительной записки министра юстиціи, такое полномочіе „однимъ изъ могущественныхъ орудій для направленія политики по пути, указанному Монархомъ", и на этомъ основаніи отвергающаго какіе-либо коррективы къ дѣйствующему порядку назначенія. Въ концѣ концовъ, впрочемъ, при условіи обезпеченія безусловной независимости и несмѣняемости, тотъ или иной порядокъ назначенія имѣетъ сравнительно второстепенное значеніе. За всѣмъ тѣмъ, докладъ самостоятельно выдвигаетъ рядъ положеній, изъ которыхъ не всѣ представляются столь же безспорными, какъ введеніе публичности засѣданій верховнаго административнаго суда. Къ числу положеній, болѣе всего спорныхъ, прежде всего относится, какъ это уже было вскользь отмѣчено предшествующими оппонентами, предположеніе о двухъ отдѣльныхъ учрежденіяхъ въ видѣ съ одной стороны, верховнаго административнаго суда въ качествѣ органа административной юстиціи, и I съ другой стороны департамента сената, въ качествѣ органа внѣвѣдомственнаго надзора за администраціей. Такая конструкція 2 независимыхъ другъ отъ друга высшихъ государственныхъ учрежденій, не совпадающихъ между собой по личному составу, порождаетъ невольно сомнѣніе насчетъ согласованности ихъ дѣятельности и совпаденія ихъ точекъ зрѣнія на законность тѣхъ или иныхъ министерскихъ распоряженій, которыя ex officio подлежали бы контролю I департамента сената, а въ порядкѣ частнаго обжалованія заинтересованными лицами составляли бы предметъ разбирательства въ верховномъ административномъ судѣ.

Что же касается относимой докладчикомъ также къ функціямъ I департамента сената функціи провѣрки формальныхъ признаковъ закона при ихъ обнародованіи, а также разсмотрѣнія донесеній министровъ о мѣрахъ, принимаемыхъ ими въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, когда они уполномочиваются „дѣйствовать всѣми способами, не ожидая высшаго разрѣшенія", то обѣ эти функціи, возложенныя на I департаментъ закономъ 6 іюня 1905 г., представляются, даже въ условіяхъ полной независимости I департамента, гарантіями весьма сомнительными и, во всякомъ случаѣ, обоюдоострыми, какъ это въ свое время было прекрасно выяснено Лазаревскимъ на страницахъ „Права". Дѣло въ томъ, что контроль предварительный—при самомъ опубликованіи распоряженія, при самомъ донесеніи о принятіи распоряженія—съ одной стороны неизбѣжно сводится къ абстрактной и потому сравнительно поверхностной провѣркѣ, такъ какъ еще не видны всѣ подробности распоряженія, вскрываемыя лишь по мѣрѣ его примѣненія, а съ другой стороны, неизбѣжно затрудняетъ или даже устраняетъ наиболѣе надежный и цѣнный контроль—контроль послѣдующій въ формѣ судебнаго контроля въ случаяхъ оспариванія законности принятыхъ распоряженій со стороны неподчинившихся имъ, такъ какъ сенатскій штемпель законности, разъ данный тому или другому распоряженію, предрѣшаетъ уже исходъ судебнаго разбирательства въ такой плоскости (въ равной мѣрѣ въ административномъ судѣ, какъ въ уголовномъ). Столь же сомнительной представляется и та функція, которую бар. Корфъ отстаиваетъ въ числѣ функцій верховнаго административнаго суда, именно признаваемая и въ настоящее время за сенатомъ функція толкованія законовъ, по представленію правительственныхъ органовъ или частныхъ лицъ, либо по собственной иниціативѣ. Поскольку эта функція мыслится не въ разрѣшеніе тѣхъ или другихъ сомнѣній, возникшихъ по конкретному дѣлу, и не примѣнительно только къ данному конкретному дѣлу, а абстрактно, въ разъясненіе вообще сомнѣній на будущее время, нельзя не признать такого рода толкованіе чрезвычайно близко подходящимъ къ типу аутентичнаго толкованія, допустимаго только со стороны органовъ законодательныхъ. Правда, по мысли самого докладчика, эти толкованія не должны имѣть безусловно обязательнаго характера и авторитетъ ихъ долженъ

быть „нравственнымъ, обоснованнымъ аналогично авторитету кассаціоннаго суда, согласно принципамъ ст. 933 уст. угол. судопр.“, и, что менѣе всего эти толкованія должны быть смѣшиваемы съ тѣми толкованіями, которыя имѣются въ виду въ настоящее время статей 259[1] учр. суд. уст. (предусматривающей, что министру юстиціи предоставлено право предлагать на обсужденіе кассаціонныхъ департаментовъ сената и общихъ оныхъ собраній, а также общихъ собраній I и кассаціонныхъ департаментовъ о доходящихъ до его свѣдѣнія вопросахъ, разрѣшаемыхъ неоднообразно въ разныхъ судебныхъ мѣстахъ или возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія), и которыя на практикѣ получили такой одіозный характеръ аутентичныхъ толкованій, по указкѣ министра юстиціи. Дѣло въ томъ, однако, что абстрактныя толкованія истиннаго смысла законовъ едва ли могутъ ограничиться однимъ „нравственнымъ авторитетомъ“, подобно толкованіямъ, даннымъ въ разрѣшеніе конкретныхъ дѣлъ и не имѣющимъ для другихъ дѣлъ—не тѣхъ, по которымъ они состоялись—другой силы кромѣ, такъ сказать, силы инерціи (весьма впрочемъ могучей), но все же имѣющимъ безусловно обязательную силу, по крайней мѣрѣ, для разрѣшенія тѣхъ именно дѣлъ, по которымъ они состоялись. Что-то плохо вѣрится, чтобы функція толкованія законовъ съ однимъ *нравственнымъ* авторитетомъ могла быть повседневной функціей органа *власти*.—На этихъ дополненіяхъ къ докладу и замѣчаніяхъ на докладъ я и кончаю свою непомѣрно затянувшуюся рѣчь. Во всякомъ случаѣ, какія бы частичныя возраженія ни вызвалъ докладъ по своему построенію и по выдвигаемымъ подробностямъ реформы, — какъ направленіе предлагаемой реформы, такъ и самая постановка ея на очередь не вызываютъ никакихъ возраженій и заслуживаютъ только всяческаго сочувствія. Въ частности, совершенно правильно реформа центральнаго учрежденія, сената, мыслится въ первую очередь до реформы или, вѣрнѣе, созданія органовъ административной юстиціи на мѣстахъ—безъ надежной опоры въ объединяющемъ центрѣ, никакимъ мѣстнымъ органамъ административной юстиціи не пустить у насъ прочныхъ корней и не дать цвѣтущихъ ростковъ. Болѣе того, реформа сената — одна изъ самыхъ вообще неотложныхъ реформъ и въ то же самое время одна изъ тѣхъ реформъ, которая все откладывается и отклады-

вается. Неотложность ея признавалась, повидимому, и III Гос. Думой въ началѣ ея дѣятельности. По крайней мѣрѣ, при принятіи въ первую ея сессію законопроекта объ усиленіи штатовъ I департамента сената была сдѣлана оговорка о принятіи только „на 1 годъ", въ теченіе коего можно быть увѣреннымъ, что реформа сената получитъ осуществленіе" (говоря словами думской комиссіи). Затѣмъ 26 іюня 1908 г. была принята Гос. Думой формула перехода къ очереднымъ дѣламъ, признававшая „неотложность коренной реформы I департамента сената въ цѣляхъ созданія твердаго и независимаго административно-судебнаго учрежденія". Съ тѣхъ поръ прошли II, III, IV сессіи, началась V сессія, и неизмѣнно къ концу каждой сессіи въ числѣ законопроектовъ, остававшихся на разсмотрѣніи судебной комиссіи, значится и злополучный законопроектъ министра юстиціи о реформѣ I департамента. Прошло болѣе 4 лѣтъ, а „возъ и нынѣ тамъ"...

Проф. ген. *І. М. Шендзиковскій* приглашаетъ выводить пониманіе Сената въ его нынѣшнемъ видѣ и необходимость отдѣльныхъ реформъ изъ его исторіи. Ставъ на такую точку зрѣнія, нельзя согласиться съ предложеніемъ предоставить Сенату право толковать законъ, помимо случаевъ толкованія закона по конкретному дѣлу: Сенату не могутъ быть присвоены функціи законодательнаго учрежденія. Что касается состава Сената и требованій, имѣющихъ характеръ ценза, то въ этомъ отношеніи надлежитъ имѣть въ виду одно — чтобы составъ Сената былъ бы возможно болѣе разнороднымъ. По вопросу о надзорѣ и его ординарной формѣ, существенно представленіе Сенату для разсмотрѣнія отчета государственнаго контролера: другіе отчеты не дадутъ матеріала для надзора, ибо никто вѣдь не станетъ подводить себя самого. Назначеніе сенаторскихъ ревизіи нельзя предоставить законодательнымъ палатамъ. Самостоятельность Сената должна быть гарантирована въ полной мѣрѣ. И слѣдовало бы установить доклады Сената Монарху черезъ первоприсутствующихъ.

Докладчикъ бар. *С. А. Корфъ* отвѣчаетъ своимъ оппонентамъ, за недостаткомъ времени, лишь въ самыхъ общихъ чертахъ. Терминологія его доклада, конечно, условна и докладчикъ на ней ни мало не настаиваетъ. Отвѣчая на указаніе Л. К. Дымши и С. В. Иванова, что способъ назначенія сенаторовъ посредствомъ докладовъ министра юстиціи опасенъ,

сохраняя за послѣднимъ недопустимое вліяніе на составъ Верховнаго Суда, бар. Корфъ согласился съ этимъ возраженіемъ, но въ свою очередь отмѣтилъ, что и кооптація имѣетъ большіе недостатки, что и побудило его поставить оба способа параллельно и на выборъ. Лицами одного 3-го класса ограничить назначеніе сенаторовъ нельзя: ими и теперь не ограничиваются, назначая сенаторовъ съ одновременнымъ производствомъ въ тайные совѣтники. Надобности въ общихъ собраніяхъ не доказалъ ни одинъ изъ возражавшихъ и докладчику совершенно непонятно, почему даже настаиваютъ на сохраненіи подобнаго архаическаго и безполезнаго органа. Что же касается необходимости предоставленія сенату и верховному административному суду законодательной иниціативы, какъ то отмѣтилъ Л. К. Дымша, то докладчикъ считаетъ сіе и желательнымъ, и возможнымъ, на что впрочемъ было указано въ докладѣ; прежде всего оно желательно касательно вопросовъ организаціи самого сената или суда, ихъ дѣлопроизводства и т. п.; но законодательный починъ возможенъ также и по другимъ вопросамъ, съ которыми, напр., суду или сенату пришлось бы встрѣтиться при разрѣшеніи конкретнаго дѣла. По поводу возраженій В. П. Семенова-Тяньшанскаго и І. М. Шендзиковскаго, касательно толкованія законовъ и административныхъ распоряженій, докладчикъ указалъ, что его конструкціи построены на французскомъ понятіи „Contentieux de l'interprétation"; французскій государственный совѣтъ, стоящій на высотѣ современныхъ требованій науки, далъ въ этой области колоссальную практику, принесшую много пользы въ дѣлѣ контроля администраціи. Въ неразвитомъ видѣ это право имѣется и у насъ (ст. 176 учр. мин.); толкованіе высшаго органа административной юстиціи имѣетъ огромное моральное значеніе. Докладчикъ особенно настаиваетъ, въ виду сдѣланныхъ ему возраженій (главнымъ образомъ гр. П. М. Толстымъ), именно на моральномъ значеніи толкованія; имъ въ данномъ случаѣ, примѣняется къ административному суду тотъ принципъ уголовнаго судопроизводства, который выраженъ въ ст. 933 уст. уг. суд. („для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ") и который принесъ уже столь существенную пользу въ практикѣ нашего кассаціоннаго суда; докладчикъ сослался при этомъ на communis opinio нашей юридической литературы (Таганцевъ, Шершеневичъ и мн. др.); этимъ

создаются надежныя директивы для дѣятельности административныхъ органовъ, а параллельно разрабатываются общіе принципы административнаго права. За историческое освѣщеніе, сдѣланное гр. Толстымъ, докладчику остается только его поблагодарить. Замѣчаніе же В. П. Семенова - Тяньшанскаго касавшееся ст. 87 осн. зак., докладчикъ считаетъ совершенно непріемлемымъ; право толкованія правительственныхъ распоряженій не относится къ чрезвычайнымъ мѣрамъ, предусматриваемымъ въ указанной ст. 87. Докладчикъ согласенъ съ тѣмъ, что право толкованія должно быть предоставлено и тому учрежденію, которое въ докладѣ проектировано подъ названіемъ верховнаго сената, съ тѣмъ, что право надзора должно быть предоставлено въ своей спеціальной сферѣ также второму департаменту, вѣдающему крестьянскія дѣла. А. В. Васильевъ правильно отмѣтилъ существованіе въ компетенціи 1-го департамента цѣлой массы ревизіонныхъ дѣлъ. Остается лишь замѣтить по этому поводу, что всѣ подобныя дѣла должны быть обязательно переданы вѣдѣнію государственнаго контроля (его совѣту, напр.). Докладчикъ чрезвычайно удивился, что въ сдѣланныхъ ему возраженіяхъ со стороны столь опытнаго юриста, какимъ является И. А. Блиновъ, предлагалось сохранить присутствіе, устанавливаемое для дѣятельности по ст. 259[1] учр. суд. уст.; докладчикъ нѣсколько разъ подчеркнулъ въ своемъ докладѣ, что считаетъ этотъ органъ весьма вреднымъ и подлежащимъ безусловному упраздненію двухъ мнѣній по этому поводу онъ даже совершенно не допускаетъ, такъ какъ присутствіе это является опаснѣйшимъ орудіемъ въ рукахъ министра юстиціи. Что же касается устраненія канцеляріи отъ доклада дѣлъ и возложенія доклада на членовъ суда и сенаторовъ, то это также есть необходимѣйшее условіе реформы. Неумѣніе сенаторовъ докладывать дѣла, безъ помощи канцеляріи, на что ссылался И. А. Блиновъ,—да вѣдь это testimonium paupertatis, самаго упоминанія о которомъ слѣдовало бы стѣсняться; вопросъ этотъ уже достаточно ярко освѣщенъ Сабуровскимъ совѣщаніемъ. Предоставленіе верховному сенату разсмотрѣнія министерскихъ и губернаторскихъ отчетовъ докладчикъ считаетъ очень важнымъ средствомъ надзора. Законъ 6 іюня 1905 г. даетъ сенату право контроля чрезвычайныхъ мѣръ администраціи. Вопросъ только въ томъ, можно ли считать данный

законъ дѣйствующимъ и въ наше время, или же отмѣненнымъ манифестомъ 17 октября и новыми основными законами; въ литературѣ мнѣнія по сему поводу расходятся, самъ докладчикъ полагаетъ болѣе правильнымъ разсматривать этотъ законъ какъ дѣйствующій. Второе возраженіе, сдѣланное І. М. Шендзиковскимъ, о передачѣ на разсмотрѣніе сената, вмѣсто Государственной Думы, отчетовъ Государственнаго Контроля, докладчикъ считаетъ абсолютно непріемлемымъ; это—функція надзора за министерствомъ финансовъ, которую никогда ни одна законодательная палата міра не согласится уступить другому какому-нибудь органу; по мнѣнію докладчика, не можетъ быть и рѣчи объ отнятіи столь важнаго политическаго орудія отъ Государственной Думы. С. В. Иванову, указавшему на безусловную нежелательность вліянія министра юстиціи на назначеніе сенаторовъ или верховныхъ судей, докладчикъ повторно возразилъ, что соглашаясь съ нимъ въ принципѣ, считаетъ однако возможнымъ предлагать альтернативу назначенія и кооптаціи сенаторовъ; съ одной стороны, способъ пополненія верховнаго суда не играетъ уже столь первостепенной роли, такъ какъ при обезпеченіи судьямъ самостоятельности и независимости, способъ ихъ назначенія имѣетъ меньшее значеніе, съ другой же стороны, и вліяніе министерскихъ докладовъ можно обезвредить различными способами, такъ что роль министра юстиціи не будетъ представляться столь уже страшной [1]).

Предсѣдательствующій *В. М. Гессенъ*, въ своемъ резюме,

---

[1]) По просьбѣ оппонента В. П. Семенова-Тяньшанскаго, редакція даетъ мѣсто нижеслѣдующему его дополнительному заявленію по поводу отвѣтныхъ возраженій докладчика (доставленному оппонентомъ послѣ засѣданія въ качествѣ приложенія къ протоколу):

„Въ своемъ контръ-возраженіи на мое возраженіе по поводу 6-го тезиса доклада бар. С. А. Корфъ упомянулъ, что въ сказанномъ моемъ возраженіи заключается какъ бы нѣкоторое противорѣчіе съ другими моими доводами. Такъ какъ этотъ выводъ бар. Корфа основанъ, очевидно, на томъ, что ему остались непонятны нѣкоторые мои доводы, считаю необходимымъ пояснить, что невозможность включить въ компетенцію Верховнаго Административнаго Суда (а по моему мнѣнію, принятому и бар. Корфомъ, и Сената) толкованіе правительственныхъ распоряженій основаны мною на томъ, остающемся незыблемымъ и по проекту реформы Сената, предложенному бар. Корфомъ, положеніи, что Верховному Административному Суду и Сенату подчинены, въ порядкѣ управленія и исполненія, всѣ мѣста и лица Имперіи, за исключеніемъ высшихъ государственныхъ установленій и тѣхъ, кои особеннымъ

останавливается на затронутыхъ въ докладѣ вопросахъ лишь въ нѣсколькихъ словахъ, въ виду того, что засѣданіе затянулось уже за полночь. Вопросъ о реформѣ Сената имѣетъ свою исторію. Онъ поднимался и въ Комитетѣ Министровъ (въ 1905 г.), и въ особомъ совѣщаніи подъ предсѣдательствомъ Сабурова, и въ Гос. Думѣ, и въ Гос. Совѣтѣ. И если вопросъ не подвинулся впередъ, то въ значительной мѣрѣ повиненъ въ этомъ индифферентизмъ не только широкихъ круговъ русскаго общества, но даже спеціалистовъ. У насъ распространено сознаніе необходимости законовъ, провозглашающихъ личныя свободы, но не распространено пониманіе элементарной необходимости въ реформѣ административной юстиціи, имѣющей своимъ назначеніемъ обезпечить провозглашаемыя права личной свободы. При отсутствіи правильно поставленной административной юстиціи, провозглашеніе личныхъ свободъ практическаго значенія не имѣетъ. Докладчику принадлежитъ большая заслуга поднятія въ Юридическомъ Обществѣ этого первостепенной важности вопроса, за что онъ заслуживаетъ безусловной признательности.

Послѣ выраженія собраніемъ благодарности докладчику аплодисментами, засѣданіе было закрыто.

закономъ изъяты отъ этой зависимости. Такимъ образомъ, Сенатъ слѣдуетъ признать подчиненнымъ одному закону и Верховной Власти. А если это такъ, то всякое правительственное распоряженіе, если Сенатъ или Высшій Административный Судъ найдетъ его несоотвѣтствующимъ закону, можетъ быть отмѣнено или утверждено, если Сенатъ или Верховный Судъ находитъ его соотвѣтственнымъ закону; толкованіе же можетъ относиться только къ закону, въ случаѣ его неясности, ибо Сенатъ и Судъ ему подчиненъ. Такимъ образомъ, я не допускаю возможности толкованія какого-либо акта, исходящаго отъ лица, Сенату и Суду подчиненнаго, и признаю необходимость и возможность толкованія лишь закона, стоящаго надъ Сенатомъ и Судомъ, и, въ надлежащихъ случаяхъ, также толкованіе собственнаго рѣшенія Сената или Суда, по принадлежности; для распоряженій же Правительства, Сенату и Суду подчиненнаго, я признаю за Сенатомъ и Судомъ лишь право ихъ отмѣны или оставленія въ силѣ, но никакъ не толкованіе неясности такихъ распоряженій, ибо толкованіе и примѣненіе ихъ можетъ лежать на обязанности учрежденій и лицъ, подчиненныхъ Правительству, а не на Сенатѣ и Судѣ, стоящихъ надъ Правительствомъ".

Краткій отчетъ о засѣданіи административнаго отдѣленія

25 апрѣля 1911 г. [1]).

Засѣданіе открыто подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія общества *В. М. Гессена.*

Предметомъ занятій служили: прежде всего выборы предсѣдателя, товарища предсѣдателя и членовъ редакціоннаго комитета административнаго отдѣленія. До производства выборовъ было доложено заявленіе В. Д. Кузьмина-Караваева съ просьбой не баллотировать его ни въ какія должности. Послѣ подсчета поданныхъ записокъ переизбраннымъ оказался прежній составъ комитета, за исключеніемъ В. Д. Кузьмина-Караваева, на мѣсто котораго въ качествѣ третьяго члена редакціоннаго комитета былъ избранъ І. В. Гессенъ. Предсѣдателемъ остался В. М. Гессенъ, товарищемъ предсѣдателя—С. В. Ивановъ и двумя членами комитета—гр. П. М. Толстой и К. Н. Соколовъ.

Затѣмъ заслушаны были доклады дѣйствительныхъ членовъ общества проф. *В. М. Гессена и гр. П. М. Толстого*: „*Понятіе сессіи въ конституціонномъ правѣ Россіи*".

Положенія доклада *В. М. Гессена*:

1) Понятіе сессіи заимствуется русскимъ законодателемъ *не* изъ западно-европейскаго конституціоннаго права, а изъ дореформеннаго законодательства Россіи.

2) Подъ сессіей дѣйствующее право понимаетъ продолжительность ежегодныхъ занятій Гос. Думы и Гос. Совѣта. Сессія законодательныхъ учрежденій бываетъ ежегодно; только одна сессія бываетъ въ году.

---

[1]) Въ виду того, что протоколъ настоящаго засѣданія до сихъ поръ (конецъ 1912 г.) не доставленъ обычнымъ референтомъ административнаго отдѣленія, не смотря на всѣ предпринятые въ этомъ направленіи шаги, то редакція „Трудовъ" вынуждена ограничиться напечатаніемъ настоящаго краткаго отчета, въ который совсѣмъ не вошли ни второй докладъ гр. П. М. Толстого, доложенный устно, ни содержаніе преній. Только первый докладъ В. М. Гессена оказалось возможнымъ воспроизвести полностью съ текста, напечатаннаго въ „Правѣ" (1911 г. № 17 и 18).

3) Сессія начинается осенью и прекращается къ лѣту; всѣ, кромѣ лѣтняго, перерывы въ занятіяхъ Гос. Думы и Гос. Совѣта, происходящіе какъ въ силу постановленій самой законодательной палаты, такъ и въ силу Высочайшихъ указовъ, должны быть разсматриваемы какъ перерывъ, а не прекращеніе сессій.

4) Принятіе чрезвычайной мѣры, въ порядкѣ ст. 87 осн. зак., можетъ имѣть мѣсто какъ во время прекращенія, такъ и во время перерыва сессіи, если послѣдній происходитъ не по постановленію Думы, а въ силу Высочайшаго указа [1]).

Положенія доклада *гр. П. М. Толстого*:

1. Степень усвоенія положительнымъ правомъ нашего представительнаго строя конституціонныхъ началъ въ отношеніи функціонированія Гос. Думы и Гос. Совѣта, какъ учрежденій, функціонирующихъ не непрерывно: 1) 5 лѣтній срокъ полномочій членовъ Гос. Думы и 9 (3) лѣтній срокъ полномочій выборнаго состава членовъ Гос. Совѣта, обновляемаго по третямъ каждые 3 года (досрочный роспускъ Гос. Думы и досрочная замѣна выборнаго состава членовъ Гос. Совѣта новымъ составомъ по Высочайшимъ указамъ, безъ точно установленныхъ въ самомъ законѣ максимальныхъ промежутковъ времени до новыхъ выборовъ или до срока новаго созыва). 2) „Ежегодность созыва“ Гос. Думы и Гос. Совѣта по Высочайшимъ указамъ безъ точно установленныхъ въ самомъ законѣ времени ихъ ежегоднаго созыва и продолжительности ихъ „ежегодныхъ занятій“; отсутствіе обязательныхъ поводовъ созыва; необязательная одновременность ежегодныхъ занятій Гос. Думы и Гос. Совѣта. 3) Чрезвычайно-указное право Монарха „во время прекращенія занятія Гос. Думы“. 4) Понятіе „сессіи“ въ основа-

---

[1]) *Литература*:

В. М. Гессенъ и Б. Э. Нольде: „Современныя конституціи“.—Moreau et Delpech: „Les réglements des assemblées législatives“.—Poudra et Pierre: „Traité du droit parlementaire“.—Kieschke. „Die Vertagung, Schliessung und Auflösung des Deutschen Reichstags“.—Б. Э. Нольде: „Статья 87 осн. зак.“ — Магазинеръ: „Чрезвычайно-указное право въ Россіи“.—Н. И. Лазаревскій: „Лекціи по русскому государственному праву“, т. I.

Стенографическіе отчеты Гос. Совѣта и Гос. Думы и приложенія къ нимъ. — Наказы Гос. Совѣта и Гос. Думы.—Матеріалы по учрежденію Гос. Думы, 1905 г.—Сводъ Законовъ.

ніи конструкціи депутатскаго иммунитета („лишеніе свободы“ чл. Гос. Думы и выборныхъ чл. Гос. Совѣта), депутатскаго индемнитета („суточнаго довольствія“ чл. Гос. Думы и выборныхъ чл. Гос. Совѣта) и частичнаго дисконтинуитета (въ отношеніи законопроектовъ, предназначенныхъ по почину Гос. Думы и Гос. Совѣта и не утвержденныхъ Монархомъ или отклоненныхъ одной изъ палатъ).

II. Выводы изъ положительнаго права нашего представительнаго строя по основнымъ спорнымъ вопросамъ, связаннымъ съ функціонированіемъ Гос. Думы и Гос. Совѣта, какъ учрежденій, функціонирующихъ не непрерывно (даже въ предѣлахъ одной легислатуры):

1) Въ „занятіяхъ Гос. Думы и Гос. Совѣта“ предусматривается только 1 перерывъ въ теченіе года (лѣтній), между 2 „сессіями“, послѣ „окончанія“ одной сессіи и до „открытія новой сессіи“ (осенью), сроки какового перерыва опредѣляются Высочайшими указами, т.-е. конституціонный институтъ отсрочекъ сессіи (пріостановокъ—adjournement, ajournement, Vertagung) по Высочайшимъ указамъ осталося нерецепированнымъ въ нашемъ положительномъ правѣ.

2) Система „сессій“ проводится по отношенію къ занятіямъ какъ Гос. Думы, такъ и Гос. Совѣта, при чемъ предусматривается во всякомъ случаѣ 1 сессія въ годъ и только 1 сессія въ годъ: остается непредусмотрѣнной ни возможность случаевъ продолженія „ежегодныхъ занятій“ („сессій“) свыше года безъ окончанія одной сессіи и открытія новой, ни возможность случаевъ созыва палатъ на чрезвычайныя сессіи во время перерыва ихъ занятій въ теченіе года; необязательная одновременность ежегодныхъ занятій Гос. Думы и Гос. Совѣта во всякомъ случаѣ однако не можетъ служить основаніемъ для созыва одной палаты безъ другой на особую сессію.

3) Не подлежитъ сомнѣнію право обѣихъ палатъ, на основаніи предоставленнаго имъ полномочія „опредѣлять подробности внутренняго распорядка“, устраивать фактическія отсрочки (пріостановки) въ своихъ текущихъ занятіяхъ.

4) Умолчаніе положительнаго права нашего представительнаго строя о правѣ Монарха отсрочивать (пріостанавливать) „ежегодныя занятія“ („сессію“) Гос. Думы и Гос. Совѣта, пока эти занятія не „прерваны“ (на лѣтнее время) и не объявлено „окончаніе сессіи“,—если и не препятствуетъ признанію за Монархомъ даннаго полно-

мочія, какъ обычной прерогативы конституціоннаго Монарха, то во всякомъ случаѣ лишь въ смыслѣ полномочія устранвать фактическія отсрочки (пріостановки) текущихъ занятій Гос. Думы и Гос. Совѣта, лишенныя какихъ бы то ни было юридическихъ послѣдствій, подобно отсрочкамъ, автономно устраиваемымъ самими палатами. Именно: въ случаѣ такихъ отсрочекъ (пріостановокъ) по Высочайшимъ указамъ (при признаніи ихъ допустимости), точно такъ же, какъ въ случаѣ отсрочекъ (пріостановокъ) по постановленію каждой палаты, занятія Гос. Думы (и Гос. Совѣта) ни въ какомъ случаѣ не могутъ считаться „прекращенными“ въ смыслѣ ст. 87 осн. зак., и, во всякомъ случаѣ, продолжается „время сессіи“ и „теченіе сессіи“ по отношенію къ гарантіямъ „лишенія свободы“ членовъ Гос. Думы и выборныхъ членовъ Гос. Совѣта и по отношенію къ выдачѣ имъ „суточнаго изъ казны довольствія“.

5) Такія фактическія отсрочки (пріостановки) текущихъ занятій Гос. Думы и Гос. Совѣта по Высочайшимъ указамъ (при признаніи ихъ допустимости) не препятствуютъ также теченію внутренней жизни палатъ, т.-е. продолженію подготовительныхъ работъ въ комиссіяхъ и отдѣлахъ во время такихъ отсрочекъ.

6) Предусматриваемый положительнымъ правомъ нашего представительнаго строя частичный дисконтинуитетъ въ отношеніи законопроектовъ, предназначенныхъ по почину Гос. Думы и Гос. Совѣта и не утвержденныхъ Монархомъ или отклоненныхъ одной изъ палатъ, свидѣтельствуетъ, что съ понятіемъ „сессіи“ наше положительное право связываетъ представленіе объ извѣстномъ замкнутомъ цѣломъ и подтверждаетъ право Гос. Думы и Гос. Совѣта въ порядкѣ опредѣленія подробностей внутренняго распорядка развивать этотъ принципъ дисконтинуитета въ смыслѣ большей или меньшей раздѣльности сессій по отношенію къ дѣламъ, остающимся въ наслѣдство отъ одной „оконченной“ „сессіи“ другой „новой“ сессіи [1]).

---

[1]) *Источники и Литература (по русскому праву)*:

I. Учрежденіе Гос. Совѣта 30 марта 1901 г.—Проектъ Учрежденія Гос. Думы Мин. Вн. Дѣлъ Буяыгина.—Учрежденіе Гос. Думы 6 авг. 1905 г. — Основные Государственные Законы 23 апр. 1906 г. — Учрежденіе Гос. Думы 20 февр. 1906 г.—Учрежденіе Гос. Совѣта 24 апр. 1906 г.—Правила о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи... 8 марта 1906 г. — Законъ 6 іюля 1908 г. о назначеніи членамъ Гос. Думы ежегодняго

Первый изъ докладчиковъ *В. М. Гессенъ* сообщилъ слѣдующее:

§ 1.

Занятія представительныхъ учрежденій въ теченіе срока ихъ созыва слагаются изъ ряда періодовъ, одинаковой или неодинаковой продолжительности, называемыхъ сессіями.

Дѣленіе легислатуры, т. е. срока созыва, на сессіи представляетъ особую важность въ государствахъ, въ которыхъ осуществляется принципъ, такъ называемаго дисконтинуитета парламентскихъ занятій. Въ такихъ государствахъ, напримѣръ, въ Германіи, съ началомъ парламентской сессіи работа парламента начинается съ-изнова; все то, что не успѣла завершить предыдущая сессія, является для послѣдующей какъ бы не начатымъ.

Закрывая сессію, правительство, такимъ образомъ, имѣетъ возможность свести на нѣтъ работу парламента, почему-либо ему неугодную; наоборотъ, ограничиваясь, взамѣнъ закрытія сессіи, отсрочкой занятій въ предѣлахъ сессіи, оно обезпечиваетъ непрерывность и, слѣдовательно, продуктивность парламентской работы. При такихъ условіяхъ категорическая опредѣленность понятія сессіи является необходимымъ условіемъ нормальнаго функціонированія парламентскаго механизма.

довольствія.—Законъ 10 марта 1909 г. объ измѣненіи порядка замѣщенія въ составѣ Гос. Совѣта членовъ его по избранію.

Высочайшіе указы: о пріостановкѣ занятій Гос. Совѣта и срокѣ ихъ возобновленія (10 іюля 1906 г.—20 февраля 1907 г., 3 іюня—1 ноября 1907 г.); о перерывѣ занятій Гос. Думы и Гос. Совѣта и срокѣ ихъ возобновленія (28 іюня/5 іюля—15 окт. 1908 г., 20 окт./30 дек. 1908 г.—20 янв./10 янв. 1909 г., 2 іюня/12 іюня—10 окт. 1909 г., 20 дек. 1909 г.—20 янв./11 янв. 1910 г., 17 іюня—15 окт. 1910 г., 12 марта—15 марта 1911 г.).

Отчетъ по дѣлопроизводству Гос. Совѣта за время съ 1 янв. 1892 г. по 31 мая 1893 г. — Отчеты по дѣлопроизводству Гос. Совѣта за сессію 1893—4 г. и т. д. по 1905—6 г.

„Внутренній распорядокъ Гос. Думы", сост. Муромцевъ, 1907 г.—„Наказъ Гос. Думы", сост. Маклаковъ и Пергаментъ.—„Наказъ Гос. Думы" III созыва.—„Наказъ Гос. Совѣта".

Стенографическіе отчеты Гос. Думы: сессіи I, сессіи II третьяго созыва сессіи I, II, III, IV.—Стенографическіе отчеты Гос. Совѣта: сессіи I, II, III, IV, V, VI.—Приложенія къ стенографическимъ отчетамъ Гос. Думы третьяго созыва сессіи, I, II, III. — Предложеніе 31 членовъ Гос. Совѣта объ измѣненіи ст. 9 наказа Гос. Совѣта (внесено 12 мая 1910 г.) и др.

Рѣшеніе уг. касс. деп. прав. Сената 16 окт. 1906 г. (№ 20).

У насъ въ Россіи о дисконтинуитетѣ сессій не можетъ быть и рѣчи. Спорнымъ является даже принципъ дисконтинуитета легислатуръ. Въ 1907 г. сначала въ комиссіи, а затѣмъ въ plenum'ѣ государственнаго совѣта былъ подвергнутъ обсужденію вопросъ о дальнѣйшемъ направленіи, послѣ роспуска думы, принятаго ею и внесеннаго въ совѣтъ законопроекта объ отмѣнѣ смертной казни. Комиссія пришла къ тому заключенію, что въ силу дисконтинуитета легислатуръ, законопроектъ этотъ не подлежитъ разсмотрѣнію государственнаго совѣта по существу; и съ мнѣніемъ комиссіи, въ засѣданіи 14 марта 1907 года, подавляющимъ большинствомъ голосовъ согласился государственный совѣтъ. Не въ такой мѣрѣ категоричной оказалась комиссія совѣта при обсужденіи въ ноябрѣ 1907 г. вопроса о дальнѣйшемъ направленіи дѣлъ, поступившихъ въ государственный совѣтъ изъ государственной думы второго созыва, но неоконченныхъ въ моментъ ея роспуска разсмотрѣніемъ въ совѣтѣ. И на этотъ разъ комиссія признала, что, по общему правилу, такое разсмотрѣніе является, послѣ роспуска думы, недопустимымъ, по началу дисконтинуитета легислатуръ; вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, она затруднилась признать начало дисконти-

---

II. Прив.-доц. Лазаревскій: „Лекціи по русскому государственному праву". Т. I. 1908 г., стр. 364—381.—Проф. В. В. Ивановскій: „Учебникъ государственнаго права", 1908 г., стр. 372, 375, 400 и 401.—Проф. Шалландъ: „Русское государственное право", конспектъ лекцій, 1908 г., стр. 121.—Проф. Коркуновъ—прив.-доц. Горенбергъ: „Русское государственное право", т. II, 1909 г., стр. 193, 194.—Прив.-доц. Устиновъ: „Русское государственное право" (въ „общедоступныхъ очеркахъ": Основныя понятія русскаго государственнаго, гражданскаго и уголовнаго права", 1907 г.), стр. 3—4.—Проф. бар. Б. Э. Нольде: „Очерки русскаго конституціоннаго права": „Статья 87 осн. зак.", 1907 г., стр. 10—11 и 36—40.—Магазинеръ: „Чрезвычайноуказное право въ Россіи", 1911 г., стр. 66—79 (также: „Труды Юридическаго Общества при Имп. С.-Петербургскомъ Университетѣ", т. II, 1911 г., стр. 249—384, докладъ и пренія)—Dr. Palme: „Die Russische Verfassung", „1910, S. 157, 167,—169. — Kalantaroff: „Die moderne Staatsverfassung des Russischen Reiches", 1908, S. 55—57 (Inaugural—Dissertation). Chasles: „Le parlement russe", 1910, p. 143—144.—Фонъ-Резонъ: „Объ особенныхъ правахъ выборныхъ членовъ Гос. Совѣта и членовъ Госуд. Думы" въ „Журналѣ Министерства Юстиціи", 1909, № 9, стр. 104—108. — Яшунскій: „Сессіи Государственной Думы", въ „Правѣ" 1909, № 22, стр. 1369—1378. — Проф. Паліенко: „Основные законы и форма правленія въ Россіи", 1910, стр. 57. — „Вѣстникъ Европы", 1911 г., № 4. Внутреннее обозрѣніе, стр. 373—374.—В. М. Гессенъ: „На рубежѣ", 1906 г., стр. 237—239.

нуитета, какъ общее и неизмѣнное основаніе для разрѣшенія порученнаго ей вопроса, находя „по соображеніямъ практической пользы болѣе цѣлесообразнымъ примѣнять это начало лишь къ такимъ дѣламъ, въ существѣ или въ значеніи коихъ не встрѣчается къ тому препятствій".

Какъ бы то ни было, наиболѣе существенное доказательство въ пользу дисконтинуитета легислатуръ, приводимое комисіями совѣта—отсутствіе думы, одобрившей законопроектъ и неопредѣлившееся отношеніе къ нему наличной думы—никакого отношенія къ вопросу о дисконтинуитетѣ сессій не имѣетъ.

Такой дисконтинуитетъ, во всякомъ случаѣ, не можетъ быть предположенъ или выведенъ изъ духа основныхъ законовъ, при отсутствіи какихъ бы то ни было, по этому предмету, законодательныхъ [1]) и тѣмъ болѣе обычно-правовыхъ отдѣленій. Практика законодательныхъ учрежденій—совѣта и думы—начало дисконтинуитета сессій категорически и безусловно отвергаетъ.

При такихъ условіяхъ нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что самое понятіе сессіи въ теченіе долгаго времени остается у насъ въ теоріи и на практикѣ весьма неопредѣленнымъ; и теорія и практика никакого вниманія на него не обращаютъ. Въ 1906 г. членъ госуд. совѣта Лукьяновъ заявляетъ въ своей рѣчи, что въ учрежденіи совѣта выраженія „сессія" онъ, вообще, не нашелъ [2]). Оффиціальныя канцеляріи сближаютъ понятіе сессіи съ понятіемъ легислатуры. Такъ, напримѣръ, стенографическіе отчеты госуд. думы оффиціально называютъ второю сессіей первую сессію второго созыва. Въ литературѣ по вопросу о понятіи сессіи—полное разногласіе. По мнѣнію сен. А. К. фонъ-Резона и Я. М. Магазинера подъ сессіей основные законы понимаютъ продолжительность ежегодныхъ занятій совѣта и думы. По мнѣнію проф. Н. И. Лазаревскаго, г. Яшунскаго и, повидимому, проф. бар. Нольде всякій перерывъ въ занятіяхъ гос. думы, въ порядкѣ ст. 99 осн. зак., заканчиваетъ одну и начинаетъ другую сессію, въ теченіе года можетъ быть нѣсколько сессій—сколько перерывовъ, столько сессій.

А между тѣмъ и по нашему праву, понятіе сессіи является

---

[1]) Ст. 112 осн. зак. никакого отношенія къ вопросу о дисконтинуитетѣ сессій не имѣетъ: ею воспрещается вторичное внесеніе законопроекта, одобреннаго палатами, но не получившаго санкціи монарха въ теченіе той же сессіи.

[2]) Стеногр. отчеты г. с. 1906 г. сессія первая, засѣд. 6, стр. 6.

юридическимъ фактомъ, обусловливающимъ наступленіе или ненаступленіе юридическихъ послѣдствій немаловажнаго значенія.

Въ 1910 г. между госуд. совѣтомъ и государственнымъ секретаремъ по поводу толкованія понятія сессіи возникаетъ коренное разногласіе въ связи съ вопросомъ о суточномъ довольствіи членовъ государственнаго совѣта.

Вопросъ не особенно важный; не подлежитъ, однако, никакому сомнѣнію, что въ связи съ другими вопросами, гораздо болѣе важными, возможны и въ будущемъ подобныя же разногласія. Для того, чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно припомнить то серьезное значеніе, какое присуще разсматриваемому понятію въ дѣйствующемъ у насъ правѣ.

Такъ, прежде всего, понятіемъ сессіи опредѣляется объемъ привилегіи неприкосновенности, принадлежащей у насъ членамъ законодательныхъ собраній. Согласно ст. 16 учр. госуд. думы, для лишенія свободы члена госуд. думы во время ея сессіи должно быть испрошено предварительное разрѣшеніе думы, кромѣ случая привлеченія члена думы къ отвѣтственности въ порядкѣ, указанномъ въ ст. 22, равно какъ случая задержанія при самомъ совершеніи преступнаго дѣянія или на слѣдующій день. Согласно ст. 27 учр. госуд. сов., члены государственнаго совѣта по выборамъ въ отношеніи лишенія и ограниченія личной ихъ свободы... подчиняются соотвѣтствующимъ правиламъ, постановленнымъ для членовъ госуд. думы.

Согласно зак. 10 марта 1909 г., понятіемъ сессіи опредѣляется порядокъ обновленія выборной части госуд. совѣта. Такъ, если срокъ полномочій членовъ государственнаго совѣта по выборамъ, выбывающихъ изъ его состава по жребію или за окончаніемъ срока, на который они избраны, истекаетъ въ продолженіи сессіи, то эти члены сохраняютъ свои полномочія до новыхъ выборовъ. Выборы членовъ совѣта въ указанныхъ случаяхъ должны быть произведены въ теченіе времени между сроками, опредѣленными указомъ Государя Императора для окончанія означенной сессіи совѣта и для начала новой. (Учр. госуд. сов., св. зак., т. I, ч. 2 по продолж. 1909 г., ст. 18^1 и ст. 18^2).

Далѣе, понятіемъ сессіи отчасти опредѣляется движеніе въ совѣтѣ и думѣ законодательныхъ дѣлъ. Ст. 112 основ. зак. гласитъ: „Законопроекты, предначертанные по почину госуд. совѣта или госуд. думы и неудостоившіеся Высочайшаго утвержденія, не могутъ быть внесены на законодательное разсмотрѣніе въ тече-

ніе той же сессіи. Законопроекты, предначертанные по почину госуд. совѣта или госуд. думы и отклоненные однимъ изъ сихъ установленій, могутъ быть вносимы на законодательное разсмотрѣніе въ теченіе той же сессіи, если послѣдуетъ Высочайшее на то повелѣніе.

Статья эта буквально повторяется ст. 53 учр. госуд. думы и ст. 51 учр. госуд. совѣта.

Съ особымъ въ высокой степени важнымъ, значеніемъ законодательной сессіи мы встрѣчаемся въ правилахъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи доходовъ и расходовъ 8 марта 1906 года. Какъ извѣстно, законъ 8 марта для производства въ теченіе дѣйствія государственной росписи непредусмотрѣнныхъ ею неотложныхъ расходовъ требуетъ, по общему правилу, испрошенія на то разрѣшенія въ законодательномъ порядкѣ, установленномъ для утвержденія росписи (ст. 15). Однако же, если испрошеніе въ законодательномъ порядкѣ разрѣшенія на производство неотложнаго расхода представляется по краткости времени, въ теченіе коего долженъ быть произведенъ расходъ, невозможнымъ, то необходимый на покрытіе такого расхода кредитъ открывается по постановленію совѣта министровъ. О таковыхъ ассигнованіяхъ министры и главноуправляющіе отдѣльными частями, по смѣтамъ коихъ означенные кредиты были открыты, вносятъ въ государственную думу особыя представленія. Въ случаѣ открытія кредитовъ во время сессіи, такія представленія вносятся, по возможности, до окончанія сессіи, а во всѣхъ прочихъ случаяхъ—въ теченіе двухъ, слѣдующихъ за открытіемъ сессіи, мѣсяцевъ (ст. 16).

Наконецъ, съ понятіемъ сессіи учрежденіе государственнаго совѣта связываетъ порядокъ полученія членами совѣта по выборамъ, такъ называемаго, суточнаго довольствія изъ казны. Довольствіе это производится означеннымъ членамъ, въ теченіе сессіи совѣта въ размѣрѣ 25 руб. въ день каждому, и, сверхъ того, имъ возмѣщаются изъ казны, разъ въ годъ, путевыя издержки по разсчету пяти копѣекъ на версту отъ мѣста ихъ жительства до С.-Петербурга и обратно (ст. 28 учр. госуд. сов.). До изданія закона 6 іюля 1908 года съ аналогичнымъ постановленіемъ мы встрѣчаемся и въ учрежденіи госуд. думы: членамъ ея, сверхъ возмѣщенія путевыхъ издержекъ, производилось, въ теченіе сессіи, суточное изъ казны довольствіе въ размѣрѣ десяти рублей каждому (ст. 23 учр. госуд. думы). Законъ 6 іюля замѣняетъ

суточное довольствіе постояннымъ въ размѣрѣ 4200 р. въ годъ. (Учр. госуд. думы, изд. 1908 г., прилож. II (къ ст. 23), ст. 1).

Если къ сказанному прибавить, что по наказамъ законодательныхъ учрежденій понятіемъ сессіи опредѣляются сроки избранія, такъ называемыхъ, постоянныхъ комиссій,—то значеніе этого понятія станетъ для насъ вполнѣ очевиднымъ; его выясненіе и составляетъ предметъ настоящей работы.

§ 2.

Дѣйствующее законодательство, говоря о сессіи, нигдѣ этого понятія не опредѣляетъ; очевидно оно считаетъ его твердо установленнымъ и общеизвѣстнымъ, заимствуетъ его изъ того или иного источника въ готовомъ видѣ. Такимъ источникомъ можетъ быть либо конституціонное право, либо отечественное дореформенное право.

Не трудно доказать, что о заимствованіи понятія сессіи изъ западно-европейскаго права не можетъ быть рѣчи. Во всѣхъ, или почти во всѣхъ, конституціяхъ западной Европы мы встрѣчаемся съ тождественной, по своему содержанію нормой, устанавливающей формальное различіе между перерывомъ въ теченіе сессіи, съ одной стороны, и закрытіемъ сессіи, съ другой: глава государства открываетъ сессію, отсрачиваетъ или прерываетъ ея занятія, закрываетъ сессію и распускаетъ парламентъ [1]). Указъ, закрывающій сессію, является такимъ образомъ актомъ, формально отличнымъ отъ указа, прерывающаго теченіе сессіи. При такихъ условіяхъ опредѣленіе понятія сессіи никакихъ затрудненій не представляетъ; сессія—промежутокъ времени, устанавливаемый указами,—открывающимъ сессію и закрывающимъ ее. Этотъ промежутокъ можетъ быть весьма различнымъ: сессія можетъ длиться мѣсяцъ, годъ и нѣсколько лѣтъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда конституція устанавливаетъ минимальную продолжительность сессіи, ея максимальная продолжительность опредѣляется указомъ главы государства. Самый вопросъ о томъ, является ли прекращеніе занятій парламента перерывомъ въ теченіе сессіи или за-

[1]) Баварія, конст. 26 мая 1818, отд. VII, ст. 22 и 23; Бельгія, конст. 7 февр. 1831 г., ст. 70—72; Венгрія, зак. IV, 1848 г. ст. 5, Греція, конст. 16 ноября 1864, ст. 37 и 38; Данія, конст. 5 іюня 1849—28 іюля 1866, ст. 19—22; Испанія, конст. 8 іюня 1876 г., ст. 32, Пруссія, конст. 31 янв. 1850 г., ст. 51 и 52, 76 и 77; Румынія; конст. 30 іюня 1866 г., ст. 95; Саксонія, конст. 4 марта 1831 г., т. 115—116; Сербія, уст. 2 іюня 1903, ст. 54.

крытіемъ ея, въ западно-европейскихъ государствахъ не можетъ возникнуть, ибо характеръ прекращенія занятій категорическимъ образомъ констатируется формой указа,—указа о перерывѣ сессіи, въ однихъ случаяхъ, и указа о прекращеніи сессіи, въ другихъ.

На совершенно иной позиціи стоятъ наши основные законы. Никакого формальнаго различія между указомъ, прерывающимъ сессію и указомъ, закрывающимъ ее, основные законы не знаютъ. Въ главѣ „О существѣ Верховной Самодержавной Власти“ мы вовсе не находимъ статьи, встрѣчающейся обычно въ соотвѣтственномъ отдѣлѣ другихъ конституцій,—статьи, предоставляющей монарху право какъ прерывать теченіе сессіи, такъ и закрывать ее.

Ст. 99 осн. зак. въ самой общей формѣ постановляетъ: „Продолжительность ежегодныхъ занятій госуд. совѣта и госуд. думы и сроки перерыва занятій въ теченіи года опредѣляются указами Государя Императора“. Эти указы вполнѣ и безусловно тождественны по своему содержанію, какъ въ томъ случаѣ, когда они прерываютъ теченіе сессіи, такъ и въ томъ, когда они закрываютъ ее вовсе. Форма указовъ о закрытіи сессіи и о ея пріостановкѣ совершенно тождественна: „на основаніи ст. 99 осн. зак. повелѣваемъ: занятія госуд. думы прервать 26 іюня (20 декабря), назначивъ срокомъ на возобновленіе 15 октября 1908 г. (20 января 1909 г.“ [1]). Если мы признаемъ, что у насъ въ Россіи, какъ на западѣ, монарху принадлежитъ право не только закрывать сессію, но и прерывать ея теченіе, то тѣмъ самымъ мы должны будемъ признать, что одинъ и тотъ-же указъ будетъ указомъ о перерывѣ, или о закрытіи сессіи,—въ зависимости отъ того, когда онъ из-

[1]) Такая тождественность, по мнѣнію І. Яшунскаго (Право, 1909 г., стр. 1374), является результатомъ „небрежности въ составленіи текста Высочайшихъ указовъ“. „Необходимо, говоритъ онъ, чтобы подлежащіе указы редактировались ясно и недвусмысленно и не оставляли мѣста никакимъ сомнѣніямъ; пока этого нѣтъ, пока указы о закрытіи и пріостановкѣ сессіи будутъ составляться въ тождественныхъ выраженіяхъ, для юридическихъ недоразумѣній и произвольныхъ толкованій останется свободное поприще“. Намъ представляется, что мнѣніе г. Яшунскаго основано на очевидномъ недоразумѣніи. Тождественность указовъ о закрытіи и пріостановкѣ сессіи отнюдь не является результатомъ „небрежности“ въ составленіи ихъ текста: практика не можетъ проводить различія тамъ, гдѣ оно не проводится основными законами, всякій указъ о перерывѣ занятій долженъ ссылаться на ст. 99 осн. зак., а въ этой статьѣ, какъ указано выше, говорится о перерывѣ занятій вообще.

данъ въ теченіе сессіи, или въ концѣ ея. Другими словами, у насъ въ Россіи, въ отличіе отъ запада, не характеромъ указа опредѣляется продолжительность сессіи, а, наоборотъ, продолжительностью сессіи—характеръ указа. Продолжительность сессіи является величиною данной, болѣе или менѣе постоянной, или хотя бы и измѣнчивой, но заключенной въ постоянныя границы. Если мы допустимъ, что эта продолжительность, какъ на западѣ, можетъ быть вполнѣ произвольной, что въ теченіе года можетъ быть нѣсколько сессій, или одна сессія можетъ длиться нѣсколько лѣтъ,—всякое различіе между перерывомъ и закрытіемъ сессіи окажется стертымъ, и ни одинъ юристъ не будетъ въ состояніи сказать, въ какихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто перерывъ, и въ какихъ закрытіе сессіи.

Такимъ образомъ, не подлежитъ, казалось бы, никакому сомнѣнію, что въ опредѣленіи понятія сессіи наше законодательство существеннымъ образомъ отличается отъ западно-европейскихъ. Остается, поэтому, обратиться къ отечественному дореформенному праву. Съ совершенно опредѣленнымъ понятіемъ сессіи мы встрѣчаемся въ учрежденіи стараго (дореформеннаго) государственнаго совѣта. Согласно ст. 29-й этого учрежденія (по изд. 1901 г.), собранія госуд. совѣта прерываются на лѣтніе мѣсяцы. Продолжительность вакантнаго въ совѣтѣ времени опредѣляется особыми на каждый годъ Высочайшими повелѣніями. Такимъ образомъ, занятія госуд. совѣта имѣютъ мѣсто въ теченіи всего года, за исключеніемъ лѣтнихъ мѣсяцевъ,—отъ осени до лѣта, и эти занятія слѣдующая, 30-я ст. учрежденія, называетъ сессіей: предсѣдатель госуд. совѣта ежегодно повергаетъ на Высочайшее воззрѣніе всеподданнѣйшій о дѣятельности совѣта за каждую истекшую сессію отчетъ. Изъ сопоставленія указанныхъ статей съ несомнѣнностью вытекаетъ, что подъ сессіей учрежденіе понимаетъ продолжительность ежегодныхъ занятій совѣта, начинающихся осенью и заканчивающихся къ лѣту. Такое же пониманіе сессіи усваивается и практикой. О дѣятельности госуд. совѣта ежегодно составляются два отчета, — „всеподданнѣйшій отчетъ предсѣдателя госуд. совѣта“ и „отчетъ по дѣлопроизводству госуд. совѣта“ причемъ каждый изъ этихъ отчетовъ офиціально называется отчетомъ за истекшую сессію, т. е. за время отъ осени и до лѣта [1]).

[1]) См. напр., „отчетъ по дѣлопроизводству гос. совѣта за сессію 1901—1902 г.“, „за сессію 1902—1903 г.“, „за сессію 1903—1904 г.“ и др.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что наше дѣйствующее право заимствуетъ понятіе сессіи изъ дореформеннаго законодательства; объ этомъ, между прочимъ, свидѣтельствуетъ тотъ, еще никѣмъ не отмѣченный, фактъ, что ст. 7 дѣйствующаго учрежденія гос. совѣта („предсѣдатель госуд. совѣта ежегодно повергаетъ на Высочайшее воззрѣніе всеподданнѣйшій отчетъ о дѣятельности совѣта за каждую истекшую сессію") является буквальнымъ повтореніемъ соотвѣтственной 30-й ст. учрежденія 1901 г.; конечно, въ старомъ учрежденіи совѣта сессія—канцелярскій терминъ,—и только; въ дѣйствующемъ правѣ сессія—юридическое понятіе; но какъ дореформенное, такъ и дѣйствующее право, одинаково подъ сессіей понимаютъ ни что иное, какъ продолжительность ежегодныхъ занятій законодательныхъ учрежденій.

Таковъ тотъ выводъ, къ которому мы приходимъ на основаніи анализа источниковъ нашего дѣйствующаго права,—къ такому же выводу мы придемъ на основаніи анализа его отдѣльныхъ постановленій.

§ 3.

Ст. ст. 98 и 99 осн. зак. гласятъ: „госуд. совѣтъ и госуд. дума ежегодно созываются указами Государя Императора. Продолжительность ежегодныхъ занятій госуд. совѣта и госуд. думы и сроки перерыва ихъ занятій въ теченіе года опредѣляются указами Государя Императора".

Цитированныя статьи предусматриваютъ троякаго рода указы верховной власти: во 1-хъ, указы, опредѣляющіе начало ежегодныхъ занятій совѣта и думы; во 2-хъ, указы, опредѣляющіе продолжительность,—т. е., кромѣ начала, и конецъ ежегодныхъ занятій, и, въ 3-хъ, указы, опредѣляющіе сроки перерыва ихъ занятій въ теченіе года.

Между указами, опредѣляющими конецъ ежегодныхъ занятій законодательныхъ учрежденій, и указами, опредѣляющими сроки ихъ перерыва въ теченіе года, основные законы никакого формальнаго различія не проводятъ. Для первыхъ никакого названія у нихъ нѣтъ, на практикѣ и тѣ и другіе указы издаются въ тождественной формѣ, т.-е. въ формѣ указовъ о перерывѣ занятій. И тѣмъ не менѣе, по существу, эти указы, отличаются другъ отъ друга. Указы, прекращающіе теченіе ежегодныхъ занятій совѣта и думы, предусмотрѣнные основными законами, вполнѣ и безусловно соотвѣтствуютъ указамъ о закрытіи сессій западно-европейскихъ законо-

дательствъ; но, въ такомъ случаѣ, понятіе „ежегодныхъ занятій“ дѣйствующаго у насъ права соотвѣтствуетъ понятію „сессіи“ конституціоннаго права другихъ государствъ.

Правильность такого вывода находитъ себѣ полное подтвержденіе въ анализѣ другихъ постановленій дѣйствующаго права.

Остановимся, прежде всего, на цитированной уже выше ст. 7 учрежд. госуд. совѣта.

Согласно этой статьѣ предсѣдатель совѣта ежегодно представляетъ монарху всеподданнѣйшій отчетъ за каждую истекшую сессію. Статья эта не имѣла бы рѣшительно никакого смысла, если бы и у насъ въ Россіи, какъ на западѣ, въ теченіе года могло быть нѣсколько сессій, или одна сессія могла бы длиться нѣсколько лѣтъ: въ первомъ случаѣ, надлежало бы ежегодно представлять монарху не „отчетъ о сессіи“, а „отчеты о сессіяхъ“; во второмъ—представленіе монарху отчета о сессіи не могло бы имѣть мѣста ежегодно. Не только по своему происхожденію, но и по содержанію своему разсматриваемая статья неопровержимо свидѣтельствуетъ о томъ, что продолжительность ежегодныхъ занятій и сессія—по русскому праву, синонимы.

О томъ же свидѣтельствуетъ ст. 28 учреж. госуд. сов. и соотвѣтствующая ей ст. 23 учрежд. госуд. думы (въ первоначальной редакціи), назначающія членамъ совѣта и думы, въ теченіе ихъ сессіи, производство суточнаго довольствія изъ казны и, сверхъ того, возмѣщающія имъ разъ въ годъ путевыя издержки отъ мѣста ихъ жительства до С.-Петербурга и обратно.

По первоначальному проекту учрежденія гос. думы, внесенному въ маѣ 1905 г. министромъ внутреннихъ дѣлъ Булыгинымъ въ совѣтъ министровъ, члены госуд. думы получаютъ содержаніе въ размѣрѣ 2.400 руб. въ годъ; сверхъ сего, по избранію и дважды въ годъ при отъѣздѣ изъ С.-Петербурга, съ началомъ лѣтняго перерыва занятій и при возвращеніи, по окончаніи перерыва, имъ возмѣщаются путевыя издержки отъ мѣста ихъ жительства до С.-Петербурга. (Ст. 26). Въ объяснительной къ проекту запискѣ мы читаемъ: „Трудъ, который упадетъ на членовъ думы, будетъ очень сложнымъ и потребуетъ непрерывныхъ занятій и проживанія въ столицѣ въ теченіе, быть-можетъ, до восьми мѣсяцевъ ежегодно, а слѣдовательно, полагая остальные четыре мѣсяца на необходимый отдыхъ и устройство личныхъ дѣлъ, займетъ все время, которымъ располагаетъ избранный. При такихъ условіяхъ представлялось бы не только справедливымъ но и совершенно необходимымъ,

возмѣстить членамъ думы тѣ расходы, которые они понесутъ вслѣдствіе необходимости проживанія въ столицѣ..., а равно покрывать путевыя издержки, связанныя съ поѣздками съ мѣста жительства въ Петербургъ и обратно, къ началу занятій гос. думы и по окончаніи ихъ".

Такимъ образомъ, не подлежитъ никакому сомнѣнію, что по интересующему насъ вопросу проектъ гофм. Булыгина стоитъ вполнѣ и безусловно на почвѣ учрежденія дореформеннаго госуд. совѣта: сессію образуютъ ежегодныя занятія думы, начинающіяся осенью и заканчивающіяся весной; членамъ думы возмѣщаются путевыя издержки только разъ въ годъ, потому что только разъ въ годъ—на время каникулъ—прекращаются занятія думы.

На той же почвѣ стоитъ совѣтъ министровъ при обсужденіи проекта гофм. Булыгина: ст. 23 учрежденія 6 августа, въ окончательной редакціи, установленной совѣтомъ министровъ, замѣняетъ лишь ежегодное содержаніе членовъ думы суточнымъ довольствіемъ въ размѣрѣ 10 руб. въ день.

Нѣтъ никакихъ основаній полагать, что дѣйствующее учрежденіе думы отступаетъ въ разсматриваемомъ вопросѣ отъ началъ учрежденія 6 августа. Ст. 23 того и другого лишь въ редакціонномъ отношеніи отличаются другъ отъ друга: „время занятій" учрежденія 6 августа называется „сессіей думы" въ дѣйствующемъ учрежденіи. Въ своемъ предложеніи объ измѣненіи ст. 9 наказа, внесенномъ въ госуд. совѣтъ въ январѣ 1910 г., 31 членъ совѣта справедливо указываютъ, что оплачивая путевые расходы членовъ совѣта одинъ разъ въ году, законодатель очевидно предполагаетъ, что отлучка ихъ изъ дому является годовой и безпрерывной, начинающейся съ осенняго созыва и оканчивающейся лѣтнимъ роспускомъ. При возможности нѣсколькихъ сессій въ году, надлежало бы логически заключать, что и выдача проѣздныхъ денегъ должна бы производиться нѣсколько разъ въ году. Поэтому, подъ сессіей надлежитъ понимать продолжительность ежегодныхъ занятій совѣта,— „8 или 9 осеннихъ, зимнихъ и весеннихъ мѣсяцевъ, въ совокупности".

Итакъ, казалось бы, не подлежитъ никакому сомнѣнію, что съ точки зрѣнія дѣйствующаго у насъ права, сессія и продолжительность занятій совѣта и думы—синонимы. Перерывы занятій въ теченіи года не прекращаютъ теченія сессіи, только одинъ перерывъ, лѣтній, является прекращеніемъ, только одно возобновленіе занятій, осеннее, является началомъ сессій.

Выводъ этотъ находитъ себѣ полное подтвержденіе въ практикѣ законодательныхъ учрежденій.

Согласно ст. 7 учр. госуд. совѣта, предсѣдатель совѣта ежегодно представляетъ монарху всеподданѣйшій за истекшую сессію отчетъ. Отчетъ предсѣдателя за сессію 1908—1909 гг. начинается слѣдующими словами: „отчетная сессія госуд. совѣта, четвертая согласно учрежденію совѣта 1906 г., продолжалась въ силу Высочайшихъ указовъ съ 15 октября 1908 г. по 12 іюня 1909 г., причемъ по указу Вашего Императорскаго Величества съ 30 декабря 1908 по 10 января 1909 г. занятія госуд. совѣта были пріостановлены". Такимъ образомъ, по справедливому толкованію предсѣдателя госуд. совѣта, не смотря на пріостановку занятій по Высочайшему повелѣнію, въ теченіе 1908—1909 гг. имѣетъ мѣсто одна, а не двѣ сессіи госуд. совѣта, ибо сессія образуется годичнымъ періодомъ занятій, независимо отъ количества перерывовъ, имѣющихъ мѣсто въ теченіе года.

Что касается мнѣнія самого госуд. совѣта, то оно отчетливо выразилось при пересмотрѣ въ 1910 году ст. 9—10 совѣтскаго наказа. Согласно этимъ статьямъ, суточное довольствіе выдается членамъ госуд. совѣта въ теченіе соссіи по окончаніи каждаго мѣсяца, а по окончаніи сессіи при ея закрытіи; возмѣщеніе путевыхъ издержекъ членовъ госуд. совѣта на пріѣздъ въ С.-Петербургъ производится въ началѣ сессіи, а на обратный путь—при ея закрытіи.

Уже самый текстъ цитированныхъ статей свидѣтельствуетъ о томъ, что въ теченіе года въ совѣтѣ имѣетъ мѣсто одна, и только одна сессія, въ началѣ и въ концѣ которой, разъ въ годъ, возмѣщаются членамъ совѣта путевыя издержки. Кромѣ того, при обсужденіи наказа въ совѣтѣ, однимъ изъ его членовъ, Манухинымъ, категорически было указано, что какъ законодательная власть, такъ и комиссія, говоря о сессіи, предполагали, что она будетъ протекать примѣрно съ октября и до лѣта, т. е. будетъ захватывать осень одного года, а также зиму и весну другого. Кромѣ лѣтняго перерыва на вакантное время, могутъ быть перерывы и въ періодѣ сессіи, напримѣръ на время пасхальныхъ и рождественскихъ каникулъ, причемъ такіе перерывы, по заявленію члена госуд. сов. Тимирязева, не являются прекращеніемъ сессіи [1]).

[1]) Стен. отч. г. с., сессія I, зас. 7, стр. 15.

Въ декабрѣ 1909 г. занятія госуд. совѣта прерываются Высоч. указомъ на время рождественскихъ каникулъ; по возобновленіи занятій, госуд. канцелярія удерживаетъ причитающееся за время перерыва членамъ совѣта по выборамъ суточное довольствіе. По объясненію госуд. секретаря Макарова, удержаніе это произошло потому, что перерывъ занятій произведенъ былъ на основаніи Высоч. указа и что, поэтому, таковой является ни чѣмъ инымъ, какъ прекращеніемъ самой сессіи, за время котораго суточное довольствіе не выдается.

Не соглашаясь съ такимъ толкованіемъ понятія сессіи, 31 членъ госуд. совѣта входятъ въ совѣтъ съ предложеніемъ объ измѣненіи ст. 9 наказа. Статью эту, для полнаго ея соотвѣтствія со ст. 28 учрежд. госуд. сов. и ст. 98 и 99 осн. зак., предлагается изложить слѣдующимъ образомъ:

„Ст. 9. Суточное довольствіе выдается членамъ госуд. совѣта по выборамъ въ теченіе всей сессіи, считая и перерывы занятій на время рождественскихъ и пасхальныхъ праздниковъ, хотя бы таковые происходили и въ силу Высоч. указовъ, на основаніи ст. 99 зак. осн. Довольствіе это выдается по окончаніи каждаго мѣсяца, а по окончаніи сессіи—при ея закрытіи". Предложеніе это одобрено также подкомиссіей личнаго состава госуд. совѣта.

Что касается госуд. думы, то пониманіе ею сессіи легко можетъ быть выведено изъ текста одобреннаго ею наказа.

По мнѣнію проф. Н. И. Лазаревскаго, „перерывъ занятій въ теченіе года" ст. 99-ой осн. зак. означаетъ не перерывъ, а прекращеніе (закрытіе) сессіи, и, слѣдовательно, въ теченіе года у насъ можетъ быть нѣсколько сессій.

Если бы „перерывъ занятій" соотвѣтствовалъ „перерыву сессіи", то у насъ была бы лишь одна сессія въ годъ; между тѣмъ, въ наказѣ гос. думы различаютъ комиссіи, избираемыя на годъ, и комиссіи, избираемыя на каждую сессію [1]).

Того же мнѣнія І. Яшунскій [2]); мнѣніе это представляется намъ несостоятельнымъ. Дѣйствительно, наказы первой и второй гос. думы—§ 33 того и другого—въ числѣ постоянныхъ комиссій называютъ одну, библіотечную, избираемую не „въ началѣ сессіи",

---

1) Н. И. Лазаревскій: „Лекціи по русскому госуд. праву, т. I стр. 371.

2) „Право", 1909 г., стр. 1372.

а „ежегодно“ [1]). Врядъ ли, однако, отсюда вытекаетъ, что, по наказу госуд. думы, можетъ имѣть мѣсто нѣсколько сессій въ теченіе парламентскаго года: и при наличности одной единичной сессіи можно говорить объ избраніи комиссіи на годъ (а не на сессію), если время ея избранія не совпадаетъ съ началомъ сессіоннаго періода. Во всякомъ случаѣ, всякое въ разсматриваемомъ отношеніи сомнѣніе отпадаетъ, если обратиться къ наказу госуд. думы третьяго созыва. Согласно § 35 этого наказа, за исключеніемъ распорядительной, бюджетной и финансовой комиссіи, поставленныхъ въ особыя условія,—всѣ, вообще, постоянныя комиссіи, въ въ томъ числѣ и библіотечная, избираются „ежегодно въ началѣ сессіи“. Говоря объ ежегодномъ избраніи комиссій въ началѣ сессіи, госуд. дума, очевидно, предполагаетъ возможность одной—и только одной—сессіи въ теченіе года.

Выводы, къ которымъ мы пришли, могутъ быть формулированы слѣдующимъ образомъ:

1) Подъ сессіей дѣйствующее въ Россіи право понимаетъ продолжительность ежегодныхъ занятій совѣта и думы. Сессія законодательныхъ учрежденій бываетъ ежегодно; только одна сессія бываетъ въ году.

2. Сессія начинается осенью и прекращается къ лѣту; всѣ, кромѣ лѣтняго, перерывы въ занятіяхъ совѣты и думы, происходящіе какъ въ силу постановленій самой законодательной палаты, такъ и въ силу Высочайшихъ указовъ, должны быть разсматриваемы какъ перерывъ, а не прекращеніе сессіи.

§ 4.

Зная, что такое сессія по русскому праву, мы можемъ, въ заключеніе, подойти къ разсмотрѣнію вопроса, возникающаго при толкованіи ст. 87-ой осн. зак., вопроса, стоящаго въ связи съ понятіемъ сессіи.

Какъ извѣстно, чрезвычайные указы, въ порядкѣ ст. 87, могутъ быть издаваемы „во время прекращенія занятій госуд. думы“. Вопросъ заключается въ томъ, что понимать подъ „прекращеніемъ занятій“,—только ли закрытіе сессіи, или, кромѣ закрытія, также перерывъ сессіи въ силу Высочайшаго указа?

11 марта тек. года госуд. совѣтъ отклонилъ одобренный госуд.

---

[1]) С. Муромцевъ: „Внутренній распорядокъ госуд. думы“, стр. 23 и сл.; В. А. Маклаковъ и О. Я. Пергаментъ: „Наказъ госуд. думы“ стр. 19 и сл.

думою законопроектъ о введеніи земства въ западныхъ губерніяхъ. Именными Высочайшими указами отъ того же числа занятія думы и совѣта были прерваны, въ порядкѣ ст. 99 зак. основн. зак., на три дня, а 14 марта въ собраніи узаконеній былъ распубликованъ, въ порядкѣ ст. 87-й, чрезвычайный указъ о введеніи въ западныхъ губерніяхъ земства. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что изданіе чрезвычайнаго указа о западномъ земствѣ стоитъ въ непримиримомъ противорѣчіи какъ съ буквой, такъ и со смысломъ ст. 87 осн. зак., и, слѣдовательно, съ точки зрѣнія строго-догматической, самый указъ является актомъ, вполнѣ и безусловно незакономѣрнымъ.

Онъ является незакономѣрнымъ потому, что при его изданіи не имѣлось налицо двухъ условій, безъ которыхъ изданіе чрезвычайныхъ указовъ, вообще, по смыслу ст. 87-й осн. зак., является недопустимымъ.

Такъ, прежде всего, не было „чрезвычайныхъ обстоятельствъ", наличностью которыхъ ст. 87 обусловливаетъ изданіе чрезвычайныхъ указовъ. Въ своей рѣчи, произнесенной въ засѣданіи госуд. совѣта 1 апрѣля, предсѣдатель совѣта министровъ категорически заявляетъ, что „рѣшеніе вопроса о наличіи чрезвычайныхъ обстоятельствъ принадлежитъ не законодательнымъ учрежденіямъ и предметомъ ихъ запросовъ быть не можетъ; они составляютъ предметъ доклада совѣта министровъ одному монарху".

Въ словахъ этихъ кроется очевидное недоразумѣніе. Конечно, рѣшеніе вопроса о наличіи чрезвычайныхъ обстоятельствъ принадлежитъ монарху, ибо только монархомъ можетъ быть признана незакономѣрность правительственныхъ дѣйствій его министровъ. Законодательныя учрежденія, въ результатѣ запроса, выражаютъ лишь свое мнѣніе, повергаемое въ извѣстныхъ случаяхъ на благоусмотрѣніе Монарха. Отсюда, однако, еще далеко до утвержденія о невозможности запроса—разумѣется, обращеннаго къ скрѣпившему указъ предсѣдателю совѣта министровъ—по поводу отсутствія чрезвычайныхъ обстоятельствъ. Такое утвержденіе являлось бы основательнымъ лишь въ томъ случаѣ, если бы мы признали, что каковы бы ни были обстоятельства, вызывающія изданіе чрезвычайнаго указа, указъ этотъ всегда и необходимо является закономѣрнымъ. Между тѣмъ, подобное утвержденіе невозможно уже потому, что ст. 87 осн. закон. изданіе чрезвычайныхъ указовъ отнюдь не предоставляетъ дискреціонному усмотрѣнію правительственной власти: къ чему бы, въ самомъ дѣлѣ, упоми-

наніе въ этой статьѣ о чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, если бы при всякихъ обстоятельствахъ могли быть издаваемы чрезвычайные указы? Но если бы даже допустить, что квалификація обстоятельствъ, вызывающихъ изданіе чрезвычайнаго указа, предоставляется дискреціонному усмотрѣнію правительственной власти, и въ такомъ случаѣ нельзя утверждать, что чрезвычайный указъ, каковы бы ни были обстоятельства, вызывающія его изданіе, всегда и необходимо является законом'ѣрнымъ. И пользованіе дискреціонными полномочіями власти можетъ быть незаконом'ѣрнымъ. Въ многочисленныхъ своихъ рѣшеніяхъ, при толкованіи дискреціонныхъ полномочій предоставляемыхъ администраціи какъ положеніемъ объ усиленной охранѣ, такъ и обще-административнымъ законодательствомъ, правит. сенатъ категорически устанавливаетъ слѣдующее положеніе: административный актъ, принятый въ предѣлахъ дискреціонныхъ полномочій, является незаконом'ѣрнымъ, если должностное лицо воспользовалось своими полномочіями не въ тѣхъ цѣляхъ, ради которыхъ полномочія эти ему предоставлены закономъ [1]).

Въ этомъ смыслѣ практика прав. сената вполнѣ соотвѣтствуетъ теоріи французскаго гос. совѣта объ отмѣнѣ дискреціонныхъ распоряженій власти pour détournement de pouvoir.

Какъ бы широко ни толковать „чрезвычайныя обстоятельства“ ст. 87-ой, не подлежитъ никакому сомнѣнію, что подъ это понятіе никоимъ образомъ не подойдетъ отклоненіе законопроекта одной изъ законодательныхъ палатъ.

Изданіе въ порядкѣ ст. 87 указа о западномъ земствѣ является классическихъ примѣромъ détournement de pouvoir,—одною изъ формъ злоупотребленія властью, осуществленіемъ полномочій in fraudem legis.

Второе, не менѣе категорическое требованіе, обусловливающее, согласно ст. 87-ой осн. зак., изданіе чрезвычайныхъ указовъ—наступленіе чрезвычайныхъ обстоятельствъ во время прекращенія занятій государственной думы. Въ разсматриваемомъ нами слу-

---

[1]) Указы прав. сената: 14 янв. 1892 г. № 307 по д. Руднева; 5 мая 1893 г. опред. № 3892 по д. Рубинштейна; 5 мая 1897 г. № 5720, по д. Митрофанова; 10 іюля 1898 г. по д. Титова; 18 апр. 1901 г. № 3965, по д. Гущина; 28 февр. 1895 г. № 2436, по д. Сохора; 24 іюля 1896 г. № 7274, по д. Новгородскаго; рѣш. 1 общ. собр. сената 29 ноября 1896 г.—24 апр. 1898 г., по д. Штейна и мн. др. См. Блиновъ. Отношеніе сената къ мѣстнымъ учрежденіямъ въ XIX в., стр. 182 и сл. статья Лазаревскаго и Лозино-Лозинскаго въ „Правѣ“ за 1900 и 1901 гг.

чаѣ, обстоятельства вызвавшія изданіе чрезвычайнаго указа, если бы даже признать ихъ чрезвычайными, во всякомъ случаѣ наступили во время занятій госуд. думы. Въ то время, какъ по смыслу ст. 87 отсутствіе законодательныхъ учрежденій является причиной, вызывающей изданіе чрезвычайнаго указа, въ разсматриваемомъ нами случаѣ изданіе чрезвычайнаго указа становится причиной, вызывающей отсутствіе законодательныхъ учрежденій.

Приведенныхъ соображеній болѣе чѣмъ достаточно для признанія указа о западномъ земствѣ незакомѣрнымъ.

При обсужденіи запроса въ госуд. совѣтѣ, однимъ изъ наиболѣе выдающихся и авторитетныхъ нашихъ юристовъ, членомъ совѣта Н. С. Таганцевымъ выдвигается, однако, еще одно соображеніе, доказывающее будто бы незакономѣрность разсматриваемаго нами указа. Согласно ст. 87, изданіе чрезвычайныхъ указовъ можетъ имѣть мѣсто исключительно во время „прекращенія занятій госуд. думы“; по мнѣнію Таганцева, подъ прекращеніемъ занятій слѣдуетъ понимать закрытіе, а не перерывъ сессіи; во время перерыва сессіи чрезвычайные указы не могутъ быть издаваемы вообще.

Убѣдительность вышеприведеннаго соображенія представляется намъ, по меньшей мѣрѣ, сомнительной. Въ новѣйшей публицистической литературѣ точка зрѣнія Н. С. Таганцева подробнѣйшимъ образомъ аргументируется въ интересной и содержательной монографіи г. Магазинера: „Чрезвычайно-указное право въ Россіи“ [1]).

Для того, чтобъ доказать, что подъ „прекращеніемъ занятій“ статьи 87-ой слѣдуетъ понимать закрытіе сессіи, а не ея перерывъ, г. Магазинеръ прибѣгаетъ къ чисто-внѣшнему, словесному толкованію соотвѣтственныхъ постановленій основныхъ законовъ.

Ст. 99 осн. зак. предоставляетъ Монарху право опредѣлять, во 1-хъ, „продолжительность ежегодныхъ занятій“ совѣта и думы, т.-е. открытіе и закрытіе сессіи, и, во-2-хъ, сроки перерыва занятій въ теченіе года, т. е. пріостановку сессіи. Если бы понятіе „прекращенія занятій“ заключало въ себѣ какъ прекращеніе, такъ и пріостановку сессіи, ст. 99, вмѣсто того, чтобы говорить особо о „продолжительности ежегодныхъ занятій“ и о „перерывѣ занятій“, могла бы ограничиться однимъ воспроизведеніемъ термина ст. 87: „прекращеніе занятій“; тогда ст. 99 гласила бы просто: „время прекращанія занятій госуд. думы и госуд. совѣта опредѣляется Государемъ“.

---

[1]) Назв. соч., стр. 66 и сл.

Врядъ ли необходимо доказывать неубѣдительность подобнаго аргумента. Кто хоть сколько-нибудь знакомъ съ редакціей нашихъ основныхъ законовъ, тотъ не можетъ не признать, что толкованіе ихъ отдѣльныхъ постановленій, предполагающее безукоризненную точность ихъ терминологіи, представляется, вообще, невозможнымъ. И, кромѣ того, какъ могла бы ст. 99 говорить исключительно о времени прекращенія занятій совѣта и думы, когда Государемъ Императоромъ опредѣляется и время ихъ начала? И, наконецъ, почему бы ст. 99 не могла раскрыть содержаніе термина „прекращеніе занятій", особо упомянувъ о закрытіи сессіи, съ одной стороны, и о пріостановкѣ ея, съ другой?

Не болѣе убѣдителенъ анализъ самаго выраженія „прекращеніе занятій" per se, какъ юридическаго термина, независимо отъ его мѣста въ основныхъ законахъ.

По мнѣнію г. Магазинера, сопоставляя понятія „прекращенія" и „пріостановки", мы видимъ, что термины эти имѣютъ два совершенно опредѣленныхъ и прямо противоположныхъ значенія. Пріостановка въ теченіи дѣйствія означаетъ лишь временный разрывъ дѣятельности, не разрушающій логическаго тождества дѣйствія и его юридическаго единства... Прекращеніе дѣйствія есть разрывъ по степени и по качеству гораздо болѣе глубокій, чѣмъ простая „пріостановка" или „перерывъ"; „прекращеніе" дѣйствія не допускаетъ его „продолженія"... Если данное дѣйствіе „прекращено", то новое можетъ найти въ немъ только фактическій матеріалъ, но не свое юридическое начало".

Приведенное разсужденіе имѣло бы нѣкоторый смыслъ, если бы дѣйствующее наше право усвоило, подобно нѣкоторымъ иностраннымъ законодательствамъ, начало дисконтинуитета сессіи. Но по дѣйствующему у насъ праву, и закрытіе сессіи не является „прекращеніемъ занятій", какъ его понимаетъ г. Магазинеръ, ибо и закрытіе сессіи, подобно пріостановкѣ, означаетъ лишь „временный разрывъ дѣятельности, не разрушающій логическаго тождества дѣйствія и его юридическаго единства; и закрытіе сессіи не „прекращаетъ дѣйствія", ибо оно допускаетъ его „продолженіе"; новая сессія находитъ въ предыдущей не только фактическій матеріалъ, но и свое юридическое начало.

Наконецъ, менѣе всего убѣдительно сопоставленіе ст. 87 осн. зак. со ст. 17 правилъ 8 марта. Какъ извѣстно, ст. 17 правилъ устанавливаетъ частное (т. е. бюджетное) чрезвычайно-указное право въ весьма широкомъ объемѣ. Въ ней говорится, дѣйстви-

тельно, объ изданіи чрезвычайныхъ указовъ не во время прекращенія занятій, а въ промежутокъ между сессіями, но это объясняется тѣмъ, что бюджетными правилами допускается изданіе чрезвычайныхъ указовъ и во время сессіи, т. е. какъ въ періодъ занятій госуд. думы, такъ и во время пріостановки занятій. Ст. 87 осн. зак. не допускаетъ изданіе чрезвычайныхъ указовъ во время занятій госуд. думы; почему, однако, „прекращеніе занятій“ не можетъ означать какъ закрытія, такъ и пріостановки сессіи?

Наша точка зрѣнія существенно отлична отъ разобранной нами точки зрѣнія г. Магазинера. Подъ прекращеніемъ занятій мы понимаемъ какъ закрытіе, такъ и перерывъ сессіи; какъ въ случаѣ закрытія, такъ и въ случаѣ пріостановки сессіи—разумѣется, Высочайшимъ указомъ, ибо постановленіе думы не пріостанавливаетъ сессіи, а лишь регулируетъ ходъ парламентскихъ занятій—могутъ быть издаваемы чрезвычайные указы.

Къ этому заключенію насъ приводитъ и историческое происхожденіе, и внутренній смыслъ, и самый текстъ ст. 87 осн. зак.

И прежде всего, историческое происхожденіе. Какъ извѣстно, ст. 87 осн. зак. заимствуется законодателемъ изъ австрійскаго права. Ст. 87-ой соотвѣтствуетъ знаменитый § 14 австрійскаго закона 1867 г., предоставляющій правительству право изданія чрезвычайныхъ указовъ, когда „рейхсратъ не въ сборѣ (wo dieser nicht versammelt ist)“. По справедливому указанію бар. Нольде, постановленіе это всегда толковалось въ томъ смыслѣ, что чрезвычайные указы могутъ быть издаваемы и во время пріостановки сессіи.

Нужно ли доказывать, что заимствуя австрійскій § 14, русскій законодатель отнюдь не имѣлъ въ виду сузить объемъ полномочій, предоставляемыхъ этимъ §-омъ правительству? Разумѣется, не всякая ссылка на иностранныя законодательства убѣдительна для догматика; но ссылка на иностранную норму, являющуюся непосредственнымъ источникомъ разсматриваемаго постановленія, во всякомъ случаѣ, нѣкоторой убѣдительности не лишена.

Что касается внутренняго смысла ст. 87, то онъ очевиденъ: законодательныя палаты не въ сборѣ, наступаютъ чрезвычайныя обстоятельства, категорически требующія чрезвычайныхъ мѣръ. Что дѣлать? Законодатель предоставляетъ правительству право осуществить эти мѣры въ порядкѣ управленія, въ то же время

обезпечивая ихъ временный характеръ. Нужно ли доказывать, что необходимыя предположенія ст. 87 — наличность чрезвычайныхъ обстоятельствъ при отсутствіи законодательныхъ палатъ— одинаково могутъ имѣть мѣсто и во время закрытія и во время перерыва сессіи? Очевидное, вообще, положеніе это очевидно, въ особенности, у насъ въ Россіи. Какъ указано выше, у насъ въ теченіе года имѣетъ мѣсто одна только сессія. Промежутокъ между сессіями падаетъ, по общему правилу, на лѣтніе мѣсяцы; перерывъ занятій, въ порядкѣ ст. 99 осн. зак., въ теченіе осени, зимы и весны, является перерывомъ, а не закрытіемъ сессіи? Но развѣ чрезвычайныя обстоятельства всегда и необходимо наступаютъ исключительно въ лѣтнее, каникулярное время? И развѣ осенній или зимній перерывъ не можетъ быть продолжительнѣе лѣтнихъ каникулъ?

Считаясь съ очевидной неотразимостью поставленныхъ вопросовъ, г. Магазинеръ полагаетъ, что и во время перерыва въ теченіи сессіи правительство можетъ издать чрезвычайный указъ, но путемъ внѣзаконнымъ, принимая на себя отвѣтственность (передъ кѣмъ?!) за этотъ неправомѣрный актъ. „Изданіе чрезвычайнаго указа въ надлежащее время, т. е. внѣ закономъ установленныхъ условій, слѣдуетъ считать такимъ же правонарушеніемъ, какимъ, напримѣръ, въ Англіи является изданіе чрезвычайнаго указа, вообще". Параллель между Россіей и Англіей—болѣе, чѣмъ неожиданна. Въ Англіи правительство несетъ уголовную и политическую отвѣтственность предъ парламентомъ; отвѣтственность за незаконномѣрный актъ можетъ быть снята съ правительства не иначе, какъ индемнитетнымъ биллемъ парламента. У насъ въ Россіи правительство предъ народнымъ представительствомъ отвѣтственности не несетъ. Ограничительно, безъ достаточныхъ основаній, толкуя ст. 87 осн. зак. и въ то же время признавая неизбѣжность, въ извѣстныхъ условіяхъ, безотвѣтственнаго нарушенія этой статьи правительствомъ, разсматриваемая теорія вноситъ въ отечественное право начало, угрожающее хроническими потрясеніями установленному основными законами правопорядку.

И наконецъ, что касается текста ст. 87, — по существу онъ вполнѣ категориченъ и ясенъ; „прекращеніе занятій"- -терминъ въ такой мѣрѣ широкій, что подъ него одинаково подойдетъ и закрытіе и пріостановка сессіи въ порядкѣ ст. 99 осн. закон.,— акты, въ формальномъ отношеніи отождествляемые дѣйствующимъ у насъ правомъ.

*

Выводъ, къ которому мы приходимъ, можетъ быть формулированъ слѣдующимъ образомъ: чрезвычайные указы въ порядкѣ ст. 87 осн. зак. могутъ быть издаваемы—при наличности чрезвычайныхъ обстоятельствъ, возникающихъ во время прекращенія занятій совѣта и думы,—какъ во время закрытія, такъ и во время пріостановки сессіи.

Затѣмъ заслушанъ былъ второй докладъ гр. П. М. Толстого.

Въ преніяхъ по докладамъ приняли участіе: М. М. Боровитиновъ, Я. М. Магазинеръ и І. Я. Яшунскій.

Въ заключеніе слово было предоставлено, для отвѣтныхъ возраженій, докладчикамъ и предсѣдательствовавшимъ К. Н. Соколовымъ сдѣлано краткое резюме, послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

28 октября 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^3/_4$ час. вечера, подъ предсѣдательствомъ товарища предсѣдателя гражданскаго отдѣленія *В. М. Нечаева.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *А. Г. Гойхбарга*: *„О переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій“.*

Положенія доклада:

1) Развитіе промышленной жизни и связанное съ нимъ значительное уменьшеніе роли владѣльца предпріятія ведутъ къ мобилизаціи предпріятій, къ превращенію ихъ въ товары, въ предметы оборота.

2) Наука торговаго права не даетъ еще рѣшающаго отвѣта на вопросъ о юридической природѣ предпріятія. Можно указать 4 теоріи: 1) теорію юридическаго лица, 2) юридической совокупности (universitas juris), 3) несамостоятельнаго цѣлевого имуще-

ства (abhängiges Zweckvermögen), patrimoine d'affectation) и 4) теорію, отказывающуюся видѣть въ предпріятіи нѣчто большее, чѣмъ простой конгломератъ разнородныхъ предметовъ.

3) Наиболѣе соотвѣтствующей экономической природѣ предпріятія и обнаруживающимся тенденціямъ развитія является теорія несамосостоятельнаго цѣлевого имущества.

4) Подъ торговопромышленнымъ предпріятіемъ разумѣютъ совокупность тѣлесныхъ вещей и нематеріальныхъ цѣнностей, при посредствѣ которыхъ торговецъ или промышленникъ осуществляютъ свой промыселъ.

5) Душу торговаго предпріятія составляютъ такъ называемые „шансы“ и представленіе пользованія ими пріобрѣтателю предполагается при переходѣ предпріятія. Этимъ на отчуждателя возлагаются обязательства не только отрицательныя (in non faciendo), но и положительныя.

6) Въ составъ торговаго предпріятія входитъ также и право найма либо право пользованія помѣщеніемъ, а равно и обстановка и оборудованіе заведенія. То же самое относится и къ товарамъ въ оборотѣ. Всѣ эти составныя части, при сомнѣніи, должны перейти къ пріобрѣтателю.

7) По вопросу о переходѣ фирмы при отчужденіи предпріятія, иностранныя законодательства расходятся, обусловливая переходъ либо самымъ фактомъ отчужденія предпріятія, либо согласіемъ прежняго владѣльца или его наслѣдниковъ.

8) Требованія предпріятія не переходятъ къ пріобрѣтателю, согласно французской практикѣ; въ англійской практикѣ вопросъ рѣшается только относительно частнаго случая; по германскому торговому праву требованія считаются перешедшими только по отношенію къ должникамъ и то лишь въ томъ случаѣ, когда прежній владѣлецъ или его наслѣдники дали пріобрѣтателю разрѣшеніе на сохраненіе за нимъ фирмы.

9) Что касается долговъ предпріятія, то въ Англіи и Франціи они не переходятъ къ пріобрѣтателю; при этомъ во Франціи кредиторамъ предпріятія дается право оппозиціи противъ уплаты цѣны отчуждателю и право подвергнуть предпріятіе въ случаѣ его отчужденія публичной продажѣ. Въ Германіи фактъ пользованія старой фирмой пріобрѣтателемъ даетъ кредиторамъ предпріятія право требованія противъ пріобрѣтателя на ряду съ сохраненіемъ отвѣтственности отчуждателя. По венгерскому закону 1908 г. пріобрѣтатель предпріятія отвѣчаетъ за долги предпріятія, о которыхъ онъ зналъ или долженъ былъ знать.

10) Неудовлетворительны проекты, разсматриваемые нынѣ въ совѣщаніи по борьбѣ съ неплатежами, по которымъ на отчуждателя возлагается обязанность представить списокъ всѣхъ кредиторовъ по отчуждаемому предпріятію, съ указаніемъ суммы задолженности каждому кредитору, а на пріобрѣтателя возлагается безусловная отвѣтственность по этимъ долгамъ.

По открытіи засѣданія слово предоставляется докладчику *А. Г. Гойхбаргу*, сообщившему слѣдующее:

Въ настоящее время въ подлежащихъ сферахъ приступлено къ разработкѣ цѣлаго ряда законопроектовъ, имѣющихъ цѣлью заполнить многочисленные пробѣлы нашего торговаго законодательства. Такъ, министръ торговли и промышленности представилъ въ государственную думу объясненія, въ которыхъ сообщаетъ о разработкѣ министерствомъ законопроектовъ объ администраціи по дѣламъ торговымъ, о фирмахъ, и о подготовкѣ проекта закона о регистраціи фирмъ; кромѣ того, междувѣдомственное совѣщаніе по изысканію мѣръ противъ неплатежей, подъ предсѣдательствомъ товарища министра торговли и промышленности П. Л. Барка, занимается обсужденіемъ законопроектовъ о переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій, законопроектовъ, представленныхъ московскимъ временнымъ комитетомъ по изысканію мѣръ противъ неплатежей и совѣтомъ съѣздовъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства. Поэтому нельзя не признать своевременнымъ разсмотрѣніе въ юридическомъ обществѣ весьма сложныхъ вопросовъ, связанныхъ съ переходомъ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій изъ рукъ въ руки, тѣмъ болѣе, что составители указанныхъ выше проектовъ исходятъ не изъ нормальныхъ случаевъ добросовѣстной передачи предпріятій, а почти всецѣло проникнуты идеей борьбы съ фиктивными переуступками предпріятій, что и сказалось на всей конструкціи законопроекта. Въ главу угла должны быть поставлены не эти, граничащіе съ уголовными правонарушеніями, случаи, а нормальный торговый оборотъ; для ненормальныхъ же случаевъ должны быть сдѣланы исключенія изъ общаго правила. Въ дальнѣйшемъ мы и будемъ исходить изъ указаннаго принципа и подвергнемъ разсмотрѣнію вопросъ о добровольномъ переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій inter vivos во всемъ его объемѣ, а не только подъ угломъ зрѣнія борьбы съ фиктивной передачей предпріятій.

Отчужденіе торговыхъ предпріятій въ наше время явленіе довольно частое. Прошло уже то время, когда наслѣдники владѣльца торговаго предпріятія долгомъ чести считали непремѣнное продолженіе отцовскаго дѣла и такія предпріятія переходили изъ Рода въ родъ. Мало того, развитіе промышленной жизни и связанное съ нимъ значительное уменьшеніе роли владѣльца предпріятія повели къ тому, что, въ особенности на западѣ, въ крупныхъ городахъ создалась особая спеціальность: спекулятивная организація и оборудованіе предпріятій съ передачей ихъ, по зарекомендованіи въ публикѣ, лицамъ, ищущимъ доходнаго помѣщенія своихъ капиталовъ [1]). Наконецъ, съ развитіемъ разнаго рода торговыхъ товариществъ, предпріятія отдѣльныхъ лицъ нерѣдко начинаютъ служить вкладомъ въ общее, товарищеское предпріятіе.

При переходѣ торговыхъ предпріятій изъ однѣхъ рукъ въ другія, важнѣйшимъ, центральнымъ вопросомъ является вопросъ о томъ, что именно должно быть отнесено къ числу составныхъ элементовъ предпріятія, какіе элементы являются необходимыми, обычными или только случайными элементами предпріятія. При этомъ, наиболѣе спорнымъ является вопросъ о томъ, являются ли необходимыми элементами предпріятія долги и требованія, вытекающіе изъ веденія предпріятія. Руководящую нить при рѣшеніи этихъ вопросовъ можетъ дать только правильное опредѣленіе юридической природы торгово-промышленнаго предпріятія. Однако, до сихъ поръ въ наукѣ торговаго права еще не составилось господствующаго мнѣнія на этотъ счетъ, опредѣленіе юридической природы торговаго предпріятія еще находится in Werden.

Можно, однако, указать четыре теоріи. Одни [2]) считаютъ торговое предпріятіе юридическимъ лицомъ. При чемъ нѣкоторые [3]) считаютъ его въ одно и то же время и субъектомъ и объектомъ права, другіе (въ особенности Valery) различаютъ организацію предпріятія (субъектъ права) и имущество предпріятія (объектъ права). Искусственность этой теоріи не подлежитъ сомнѣнію. Предикаты

---

[1]) Ср. Lyon-Caen, Traité de droit commercial т. 3, изд. 1906 г., стр. 191.

[2]) Endemann, W. Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt, 4-ое изд. 1887 г., §§ 15 и сл. Mommsen, Ag., въ Busch's Archiv. 1875 г., стр. 201 и сл. Völdendorf, въ Handbuch des Handels-Secund-Wechselsrecht, т. 1 стр. 181 и сл., Valery, Maison de commerce et fonds de commerce, Ann. dr. comm., 1902 г. стр. 272 и сл.

[3]) Endemann, op. cit., Völdendorf, op. cit.

субъектъ и объектъ права взаимно исключаютъ другъ друга [1]). Но и раздѣленіе личной организаціи и имущества предпріятія, и приписываніе первой характера юридической личности также не могутъ быть признаны правильными. Владѣлецъ предпріятія не представитель своихъ служащихъ, онъ не избирается ими представителемъ и не назначается таковымъ подлежащей властью, онъ не подчиненъ ничьему контролю, личная организація торговопромышленнаго предпріятія не выступаетъ во внѣшнихъ отношеніяхъ какъ отдѣльное лицо, короче—существенныхъ признаковъ юридической личности налицо здѣсь не имѣется.

Другіе авторы [2]) отказываются видѣть въ торговопромышленномъ предпріятіи нѣчто большее, чѣмъ простой конгломератъ разнородныхъ предметовъ, случайно объединенныхъ вокругъ опредѣленнаго лица или опредѣленной цѣли. Авторы эти совершенно игнорируютъ экономическую природу торговопромышленнаго предпріятія, его обособленность и самостоятельность въ оборотѣ и совершенно не считаются съ мобилизаціей торговопромышленныхъ предпріятій, съ превращеніемъ ихъ въ объекты всевозможныхъ юридическихъ сдѣлокъ.

Наконецъ, третья и четвертая теоріи, признающія торговопромышленное предпріятіе либо юридической совокупностью (universitas juris) [3]) либо несамостоятельнымъ цѣлевымъ имуществомъ (abhängiges Zweckvermögen, patrimoine d'affectation) [4]), имѣютъ между собою то общее, что какъ та, такъ и другая теорія считаютъ торговопромышленное предпріятіе комплексомъ, состоящимъ изъ актива и пассива. Но теорія, признающая торговопромышленное предпріятіе самосостоятельнымъ цѣлевымъ имуществомъ, болѣе всего соотвѣтствуетъ экономической природѣ предпріятія и обнаруживающимся тенденціямъ развитія. Владѣльцы торгово-

---

[1]) Ср. Simon, Haftungdes Uebernehmers für Handlungsschulden, въ Goldschmidt's Zeitschrift, т. XXIV, стр. 111.

[2]) Bechmann, Der Kauf, т. II, стр. 138 и 141, Regelsberger въ Goldschmidt's Zeitschrift, т. XIV, стр. 15, Simon, op. cit. стр. 109 сл., Lehmann, Lehrbuch des Handelsrecht, стр 106, Lyon Caen et Renault, op. cit., т. III, стр. 392, Thaller, Traité de droit commercial, 3-ье изд., стр. 64 и др.

[3]) Thöl, Praxis des Handels-und Wechselsrechts. I, стр. 3 сл., Kosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4-ое изд. стр. 66 сл. и др.

[4]) Bekker въ Goldschmidt's Zeitschrift, т. IV, стр. 537 и сл., Saleilles, Annal. de droit comm., 1897 г. стр. 40 сл., Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, т. I. изд. 4-ое, стр. 164.

промышленныхъ предпріятій не играютъ уже въ настоящее время той исключительной роли, какую они играли раньше, они отступаютъ на второй планъ, скрываются за объективировавшимся предпріятіемъ; кредитируется большей частью предпріятіе, а не владѣлецъ его. И если въ 70-хъ годахъ прошлаго столѣтія Беккеръ еще могъ задаваться вопросомъ, соотвѣтствуетъ ли тенденціямъ развитія мобилизація предпріятій и превращеніе ихъ въ товаръ, въ обычный предметъ оборота [1]), то современная жизнь, какъ мы видѣли выше, уже дала отвѣтъ на этотъ вопросъ—и отвѣтъ утвердительный. Объективація торговыхъ предпріятій, ихъ превращеніе въ предметы оборота требуетъ такой юридической конструкціи торговопромышленнаго предпріятія, которая обезпечила бы не субъективный, зависящій главнымъ образомъ отъ личности предпринимателя, а объективный, зависящій главнымъ образомъ отъ хода дѣлъ самого предпріятія, кредитъ. А такой кредитъ, думается, скорѣе всего можетъ быть обезпеченъ предпріятію при разсматриваніи его, какъ несамостоятельнаго цѣлевого имущества. Такая конструкція поведетъ къ слѣдующему рѣшенію вопроса о переходѣ актива и пассива къ пріобрѣтателю предпріятія. Такой переходъ будетъ считаться о б ы ч н о й принадлежностью сдѣлки (naturale negotii) при умолчаніи сторонъ. Однако, въ виду характера предпріятія — н е с а м о с т о я т е л ь н а г о цѣлевого имущества— отвѣтственность за долги прежняго предпринимателя остается въ силѣ. Далѣе, сторонамъ не возбраняется заключать между собою и иныя условія о переходѣ актива и пассива, и эти условія будутъ обязательными для третьихъ лицъ, посколько послѣднія надлежащимъ образомъ будутъ освѣдомлены объ этомъ. Въ интересахъ оборота, въ предупрежденіе злоупотребленій, могущихъ имѣть мѣсто при переходѣ предпріятій, въ огражденіе интересовъ кредиторовъ предпріятія, могутъ быть приняты тѣ или иныя предупредительныя мѣры [2]).

Переходимъ къ изложенію того, что понимать подъ торговымъ предпріятіемъ. Подъ торговопромышленнымъ предпріятіемъ разумѣютъ совокупность тѣлесныхъ вещей и нематеріальныхъ цѣнностей, при посредствѣ которыхъ торговецъ или промышленникъ осуществляютъ свой промыселъ. Точное выясненіе того, какія

---

[1]) B e k k e r, op. cit., стр. 551.

[2]) О томъ, насколько идея самостоятельности предпріятія успѣла выразиться въ нашемъ законодательствѣ и судебной практикѣ, см. Шершеневича, op. cit., стр. 165—166.

именно вещи и цѣнности входятъ въ составъ предпріятія, представляется необходимымъ въ особенности при переходѣ предпріятія; для отчуждателя и пріобрѣтателя одинаково важно уяснить себѣ, что именно перешло къ пріобрѣтателю. Этимъ вопросомъ мы и займемся [1]).

Несомнѣнно, стороны, какъ нами уже указано выше, въ правѣ точно указать, что именно переходитъ съ отчужденіемъ предпріятія. Однако, для того, чтобы сдѣлка могла считаться сдѣлкой о переходѣ предпріятія, а не объ отчужденіи отдѣльныхъ элементовъ его, въ ней должно содержаться соглашеніе о переходѣ тѣхъ элементовъ, безъ которыхъ немыслимо существованіе предпріятія. Но насъ здѣсь болѣе интересуетъ другой вопросъ. При заключеніи сдѣлки о переходѣ опредѣленнаго торговаго предпріятія безъ ограничительнаго перечисленія отчуждаемыхъ элементовъ его, что должно считаться перешедшимъ къ пріобрѣтателю? Вопросъ этотъ, за рѣдкими исключеніями, не сталъ еще предметомъ законодательной нормировки. За послѣднее время только французскій законъ 17-го марта 1909 г. о продажѣ и закладѣ торговыхъ предпріятій содержитъ въ себѣ указаніе круга объектовъ, при умолчаніи сторонъ переходящихъ къ пріобрѣтателю, указаніе, добавимъ, весьма недостаточное. Изъ ст. 1 и 9 этого закона можно вывести заключеніе, что при умолчаніи сторонъ къ пріобрѣтателю переходятъ: вывѣска, фирма, арендное право на помѣщенія, въ которыхъ предпріятіе эксплоатируется, и, наконецъ, кліентела (въ текстѣ закона clientèle et achalandage). Разсмотримъ же, какія именно составныя части торговаго предпріятія должны переходить къ пріобрѣтателю, если исходить изъ самой природы предпріятія.

Душу торговаго предпріятія, то, что въ оборотѣ придаетъ ему наибольшую цѣнность, составляютъ элементы нематеріальные, фактическіе элементы, относительно которыхъ высказывается даже сомнѣніе, могутъ ли они быть объектомъ права, такъ называемые „шансы„ или то, что англичане называютъ goodwill. Такими фактическими элементами являются тайны предпріятія, т. е. извѣстныя предпріятію выгодныя мѣста сбыта и пріобрѣтенія продуктовъ, соотвѣтственное мѣстонахожденіе торговаго заведенія, годъ основанія и реноме предпріятія, совокупность лицъ, съ которыми предпріятіе находится

[1]) Вопросовъ, которые могутъ быть разрѣшены по общимъ началамъ гражданскаго права, какъ то: вопросовъ о право и дѣеспособности сторонъ, о моментѣ заключенія и т. п., мы здѣсь касаться не будемъ.

въ дѣловыхъ сношеніяхъ. Эти шансы цѣнятся въ оборотѣ весьма высоко, за нихъ то и платится иногда наибольшая часть цѣны при куплѣ предпріятія; они являются нерѣдко основнымъ элементомъ предпріятія. Пріобрѣтеніе предпріятія, какъ такового, безъ относящихся къ нему тѣлесныхъ вещей и правъ мыслимо, но пріобрѣтеніе его безъ этихъ шансовъ просто безцѣльно [1]). Англійское goodwill, подъ которымъ понимается особое имущество, состоящее изъ отношеній чисто фактическаго характера, напр. особо выгодное положеніе торговаго предпріятія, слава, какою пользуется предпріятіе у отдѣльныхъ лицъ или вообще у публики [2]), или, по опредѣленію Линдлея, „всякая выгода, вытекающая изъ отношеній или реномэ предпріятія“ [3]),—является даже объектомъ права собственности, предметомъ отчуждаемымъ и переходящимъ изъ рукъ въ руки.

Поэтому, необходимо признать, что при передачѣ предпріятія отчуждатель долженъ, поскольку это отъ него зависитъ, дать возможность пріобрѣтателю воспользоваться этими шансами. Этимъ на отчуждателя возлагаются обязательства не только отрицательныя (obligationes in non faciendo), но и положительныя. Отчуждатель, по общему правилу, не только не въ правѣ открывать однороднаго конкурирующаго предпріятія, могущаго причинить ущербъ интересамъ пріобрѣтателя предпріятія, но онъ вообще долженъ воздерживаться отъ всякаго акта, причиняющаго вредъ пріобрѣтателю предпріятія, такъ таковому; такъ напр., онъ не въ правѣ сообщать конкурентамъ извѣстныхъ ему тайнъ отчужденнаго предпріятія; вступивъ въ управленіе конкурирующимъ предпріятіемъ, онъ не въ правѣ использовать эти извѣстныя ему тайны въ интересахъ управляемаго имъ предпріятія и во вредъ предпріятію отчужденному. Нарушеніе этихъ обязанностей влечетъ за собою возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ пріобрѣтателю предпріятія. Но этого мало. Отчуждатель обязанъ всячески облегчить пріобрѣтателю вступленіе въ сношеніе съ прежними своими кліентами, поставщиками и покупателями, долженъ рекомендовать имъ пріобрѣтателя, какъ своего преемника, долженъ предоставить въ его распоряженіе всѣ имѣющіяся у него свѣдѣнія о размѣрѣ кредитоспособности кліентовъ, всю корреспонденцію предпріятія. Всѣ почтовыя, те-

[1]) Lehmann op. cit., стр. 108.

[2]) Borchard, Die Handelsgesetze des Erdballes, England, стр. 91.

[3]) Lindley, A. Treatise on the Law of Partnerships, London, 1905, стр. 476.

леграфныя и телефонныя сообщенія, послѣ отчужденія предпріятія полученныя на имя отчуждателя, но, по существу, относящіяся къ предпріятію, должны быть переданы отчуждателемъ пріобрѣтателю. Но, въ виду необходимости возможно скорѣйшаго полученія торговой корреспонденціи, рѣшеніемъ суда можетъ быть постановлено, что истиннымъ адресатомъ является не отчуждатель, а пріобрѣтатель, и почтовыя отдѣленія, обязанныя доставлять корреспонденцію истиннымъ адресатамъ, должны подчиниться этому рѣшенію. Однако, такъ какъ присылка корреспонденціи на имя прежняго владѣльца предпріятія объясняется только неосвѣдомленностью кліентовъ насчетъ перехода предпріятія въ другія руки, а неосвѣдомленность эта долго продолжаться не можетъ, то, понятно, что передача корреспонденціи пріобрѣтателю не можетъ продолжаться вѣчно, и судъ въ своемъ рѣшеніи можетъ указать предѣльный срокъ для такой передачи [1]).

Мыслимы, однако, случаи, когда изъ толкованія договора объ отчужденіи предпріятія явствуетъ, что кліентела этимъ договоромъ не обнимается [2]). Но въ этихъ случаяхъ, несмотря на то, что до-

---

[1]) Ср. Boutaud et Chabrol, Traité général de fonds de commerce et d'industrie, Парижъ, 1905 г. стр. 145 сл. и указанныя тамъ судебныя рѣшенія. Англійская практика относительно отчужденія goodwill иная. Съ переходомъ goodwill переходитъ къ пріобрѣтателю право пользоваться фирмой прежняго предпріятія. Однако, отчуждатель въ правѣ открыть конкурирующее предпріятіе. Но, если фирма отчужденнаго предпріятія совпадаетъ съ фамиліей отчуждателя, то послѣдній, открывая новое дѣло, не въ правѣ дѣлать ничего такого, что могло бы породить представленіе о тождествѣ новаго предпріятія съ отчужденнымъ. Онъ въ правѣ также вступать въ сдѣлки съ кліентами отчужденнаго предпріятія. Въ прежнее время практика предоставляла отчуждателю даже право отыскать этихъ кліентовъ и побудить ихъ прекратить сношенія съ отчужденнымъ предпріятіемъ и впредь вести дѣла только съ нимъ. Но, съ 1896 г., практика, исходя изъ того вполнѣ правильнаго соображенія, что такое поведеніе шло бы въ разрѣзъ съ требованіями доброй совѣсти, такое право за отчуждателемъ отрицаетъ, однако, только при добровольномъ отчужденіи предпріятія; при отчужденіи же принудительномъ, прежній владѣлецъ предпріятія соотвѣтственныхъ обязанностей по отношенію къ пріобрѣтателю не несетъ (см. Borchard, op. cit., стр. 92—94).

[2]) Такъ напр., у Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 107 приводится признаніе судомъ такого случая при продажѣ кафе со всѣми относящимися къ нему предметами, при чемъ всѣ эти предметы были тщательно перечислены въ описи съ указаніемъ цѣны каждаго, и за кліентелу не указано было никакой цѣны.

говоръ гласитъ о переходѣ предпріятія, мы, въ дѣйствительности, имѣемъ дѣло только съ отчужденіемъ отдѣльныхъ элементовъ предпріятія.

Большинство торговопромышленныхъ предпріятій эксплоатируется въ извѣстныхъ помѣщеніяхъ. Къ составу торговаго предпріятія необходимо причислить торговое заведеніе. Значительная цѣнность торговаго предпріятія нерѣдко обусловливается мѣстонахожденіемъ заведенія на центральной улицѣ, въ пассажѣ, гостиномъ дворѣ и т. д. Владѣлецъ предпріятія занимаетъ эти помѣщенія либо въ качествѣ ихъ собственника, либо арендатора. Въ послѣднемъ случаѣ, въ составъ торговаго предпріятія входитъ арендное право владѣльца предпріятія, въ первомъ—право пользованія этими помѣщеніями. Конечно, для торговыхъ предпріятій, торгующихъ оптомъ, мѣстонахожденіе заведенія не играетъ такой большой роли какъ для предпріятій, торгующихъ въ розницу и вступающихъ въ непосредственныя сношенія съ публикой. Поэтому, при умолчаніи сторонъ, въ особенности по отношенію къ предпріятіямъ торгующимъ въ розницу, съ переходомъ предпріятія должно перейти къ пріобрѣтателю либо арендное право, либо право пользованія помѣщеніями, занимаемыми предпріятіями. Если къ моменту перехода предпріятія приближается срокъ окончанія договора найма помѣщеній, занимаемыхъ предпріятіемъ, то отчуждатель нерѣдко обязывается добиться продолженія договора найма на прежнихъ условіяхъ. Французская практика не видитъ въ такомъ обязательствѣ обѣщанія чужого дѣйствія и признаетъ его дѣйствительнымъ. Отчуждатель, въ случаѣ отказа собственника помѣщенія въ продолженіи договора найма на прежнихъ условіяхъ, отвѣчаетъ передъ пріобрѣтателемъ за вызванные этимъ отказомъ убытки. Мало того. Такой отказъ можетъ повлечь за собою расторженіе договора объ отчужденіи торговаго предпріятія [1]).

То же самое должно быть сказано и относительно обстановки и вообще оборудованія заведенія. Точно также и постройки, воздвигнутыя на арендованной землѣ въ цѣляхъ эксплоатаціи предпріятія, должны считаться составными частями торговаго предпріятія и какъ таковыя перейти къ пріобрѣтателю предпріятія [2]).

Такъ какъ торговля въ большинствѣ случаевъ представляетъ собою совершеніе покупокъ для продажъ, то большинство торго-

[1]) См. Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 109.

[2]) Ср. рѣшеніе парижской судебной палаты отъ 24 декабря 1888 г.

выхъ предпріятій обладаетъ запасами товаровъ, безъ которыхъ эксплоатація предпріятія была бы немыслима. Конечно, имѣются предпріятія, обходящіяся безъ такого запаса товара. Но въ тѣхъ предпріятіяхъ, гдѣ товары имѣются, они по необходимости должны считаться принадлежностью или, правильнѣе, составной частью отчуждаемаго торговаго предпріятія и, при умолчаніи сторонъ, переходить къ пріобрѣтателю предпріятія.

Переходитъ ли къ пріобрѣтателю предпріятія фирма прежняго предпріятія? Если строго отстаивать принципъ истинности фирмы, то, при совпаденіи фирмы съ фамиліей прежняго предпринимателя, пріобрѣтатель, разумѣется, не въ правѣ былъ бы пользоваться прежней фирмой. Однако, даже тѣ законодательства, которыя стоятъ за безусловную истинность фирмы, въ случаѣ перехода предпріятія отступаютъ отъ строгаго соблюденія этого принципа. И въ самомъ дѣлѣ, необходимость перехода фирмы къ пріобрѣтателю мотивируется тѣмъ, что публика, вступая въ сношеніе съ предпріятіемъ, адресуется къ опредѣленной фирмѣ. Но, хотя пользованіе фирмой представляетъ собою извѣстную цѣнность, входящую въ составъ общей цѣнности предпріятія, однако не всѣ законодательства такъ ее разсматриваютъ. Согласно англійской практикѣ, съ переходомъ goodwill, какъ уже указано выше, переходитъ къ пріобрѣтателю право пользоваться фирмой прежняго предпріятія. Но этого мало. Если фирма совпадаетъ съ фамиліей отчуждателя, то, несмотря на полную свободу выбора фирмы въ Англіи, послѣдній, открывая новое дѣло, не въ правѣ назвать его своей фамиліей; однако, онъ можетъ потребовать отъ пріобрѣтателя сдѣлать къ фирмѣ такое добавленіе или ограниченіе, изъ котораго явствовало бы, что онъ пересталъ участвовать въ предпріятіи, такъ какъ въ силу англійскаго принципа „Holding out“ лицо, допускающее пользованіе своимъ именемъ въ чужой фирмѣ, отвѣчаетъ за обязательства послѣдней [1]). Нѣчто подобное мы видимъ и во французской практикѣ. Фирма (nom commerciel), являясь составной частью предпріятія, переходитъ къ пріобрѣтателю. Но если она совпадаетъ съ фамиліей отчуждателя, то пріобрѣтатель не въ правѣ пользоваться ею безъ указанія на свое преемство. Сверхъ того, отчуждатель въ правѣ требовать, чтобы пріобрѣтатель принялъ мѣры къ предотвращенію всякой возможности отожествле-

[1]) Borchard op. cit., стр. 93.

нія перваго съ послѣднимъ [1]). Германское торговое уложеніе (§ 22) иначе разрѣшаетъ этотъ вопросъ. При отчужденіи торговаго предпріятія, пріобрѣтатель въ правѣ вести его подъ прежней фирмой съ прибавленіемъ указанія на свое преемство или безъ такого прибавленія только съ явнаго разрѣшенія прежняго владѣльца или его наслѣдниковъ. При этомъ предоставленіе такого разрѣшенія разсматривается не какъ отчужденіе объекта, имѣющаго имущественную цѣнность, а какъ разрѣшеніе на несеніе своего имени. Посему, въ случаѣ конкурса надъ имуществомъ купца, дать такое разрѣшеніе можетъ не конкурсное управленіе, а только самъ несостоятельный должникъ. Кромѣ того, такъ какъ фирма не можетъ быть отчуждена отдѣльно отъ всего торговаго предпріятія, которому она присвоена, то пріобрѣтеніе предпріятія и согласіе на веденіе его подъ прежней фирмой должны послѣдовать одновременно, при чемъ, однако, не требуется unitas actus или строгая одновременность [2]).

Другимъ средствомъ наглядной индивидуализаціи предпріятія у публики служитъ вывѣска, иногда совпадающая съ фирмой, но часто отъ нея отличающаяся. Эта вывѣска служитъ средствомъ привлеченія публики и является принадлежностью торговаго предпріятія, а не той недвижимости, къ которой она прикрѣплена. Поэтому, въ случаѣ перехода торговаго предпріятія, вывѣска переходитъ къ пріобрѣтателю. Въ этомъ же смыслѣ долженъ быть рѣшенъ споръ въ случаѣ отчужденія разнымъ лицамъ торговаго предпріятія и той недвижимости, въ которой оно эксплоатируется. Если вывѣска торговаго предпріятія пользуется извѣстностью за предѣлами того города или той мѣстности, въ которой предпріятіе эксплоатируется, то право на вывѣску не ограничивается предѣлами города или мѣстности, поскольку этимъ ограждаются серьезные и реальные интересы пріобрѣтателя [3]).

---

[1]) Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 60 сл., стр. 112 слѣд., и приведенныя тамъ судебныя рѣшенія.

[2]) См. Staub, Commentar zum Handelsgesetzbuch, т. I, стр. 127—128 и приведенную тамъ литературу и практику. Въ Англіи также допускается отчужденіе фирмы только вмѣстѣ съ предпріятіемъ или частями его. Но по французской практикѣ, фирма можетъ быть уступлена или дана въ пользованіе отдѣльно отъ предпріятія, въ особенности если она стала обычнымъ наименованіемъ извѣстнаго продукта, однако, подъ условіемъ, чтобы такая уступка не имѣла своей цѣлью способствовать недобросовѣстной конкуренціи (см. Borchard op. cit. стр. 90 и Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 61—62).

[3]) Ср. Boutaud et Chabrol., op. cit., стр. 63.

Къ пріобрѣтателю предпріятія должны были бы перейти, при умолчаніи сторонъ, и товарные знаки. Однако, по этому вопросу имѣется у насъ прямое постановленіе закона въ противоположномъ смыслѣ. Согласно ст. 16 и 17 Высочайше утвержденнаго мнѣнія гос. совѣта отъ 26 февраля 1896 г., въ случаѣ отчужденія или отдачи въ аренду промышленнаго или торговаго предпріятія при условіи сохраненія за предпріятіемъ прежняго наименованія, а также при отчужденіи или отдачѣ въ аренду какой-либо части предпріятія (если передаваемый товарный знакъ былъ предназначенъ только для выпускаемыхъ по этому производству товаровъ), право исключительнаго пользованія товарнымъ знакомъ, предоставленное прежнему владѣльцу предпріятія, можетъ быть передано новому его владѣльцу не иначе, какъ по представленіи департаменту торговли и мануфактуръ въ шестимѣсячный срокъ надлежащаго удостовѣренія о согласіи на то прежняго владѣльца. Такимъ образомъ, по нашему закону, для перехода къ пріобрѣтателю товарнаго знака недостаточно отчужденія ему предпріятія съ фирмой, необходимо еще и выраженіе согласія на переходъ торговаго знака прежняго владѣльца [7]).

Точно также переходитъ къ пріобрѣтателю право пользоваться медалями, наградами, почетными наименованіями, полученными прежнимъ владѣльцемъ, посредствомъ помѣщенія ихъ на вывѣскѣ, прейскурантахъ, торговыхъ знакахъ и т. д. Вопросъ въ этомъ смыслѣ рѣшенъ и нашей судебной практикой. При этомъ прав. сенатъ въ рѣш. гр. касс. департамента отъ 1898 г. за № 17 превосходно мотивируетъ свое рѣшеніе слѣдующими соображеніями, въ которыхъ можно даже усмотрѣть трактованіе юридической природы торговопромышленнаго предпріятія въ смыслѣ, защищаемомъ въ этомъ докладѣ. Въ рѣшеніи этомъ читаемъ: „почетныя награды, выдаваемыя на промышленныхъ выставкахъ на имя владѣльца промышленной фирмы за отличныя качества ея производства, имѣютъ своимъ назначеніемъ служить для фирмы орудіемъ дозволенной рекламы, обезпечивающимъ за нею доброе имя на рынкѣ и успѣхъ ея предпріятія, для чего онѣ и выставляются въ помѣщеніяхъ фирмы, изображаются на ея вывѣскахъ, товарныхъ знакахъ, бланкахъ и проч. Служа такимъ образомъ для пользованія фирмы, фирма, вмѣстѣ съ тѣмъ, имѣетъ для нея значеніе особой промышленной цѣнности, отъ которой зависитъ цѣна продаваемой фирмы. При

[1]) Согласно англійской судебной практикѣ, съ переходомъ goodwill переходитъ и торговый знакъ (Borchard, op. cit., стр. 93).

выдачѣ означенныхъ наградъ, въ отличіе отъ тѣхъ, которыя въ особыхъ случаяхъ выдаются исключительно за личныя услуги, принимаются въ соображеніе не личныя качества того или другого случайнаго владѣльца промышленной фирмы, стоящаго во главѣ ея въ данный моментъ, а успѣхи ея промышленнаго предпріятія, которые, несмотря на смѣну владѣльцевъ фирмы и различія въ ихъ способностяхъ, обыкновенно не утрачиваются чрезъ это, а сохраняются, благодаря устойчивости сложившихся, въ силу времени, особыхъ условій, присущихъ самому предпріятію, какъ то первоначальнаго его устройства, искусства служебнаго персонала, усвоенныхъ пріемовъ производства и проч. При указанномъ значеніи подобныхъ наградъ нельзя... отвергать... ихъ преемственность при переходѣ промышленной фирмы къ новому владѣльцу вмѣстѣ съ цѣлымъ предпріятіемъ ея, за успѣхи котораго награда выдана на имя прежняго владѣльца, если преемственность эта не исключается ни особымъ распоряженіемъ закона, ни дѣйствительными намѣреніями договаривающихся сторонъ". Какъ видимъ, къ пріобрѣтателю переходитъ пользованіе тѣми наградами, которыя не носятъ строго личнаго характера, каковы, напр., награды за общеполезную дѣятельность купца вообще. Сенатъ стоитъ здѣсь, такимъ образомъ, на совершенно правильной точкѣ зранія. Жаль только, что сенатъ переноситъ здѣсь центръ тяжести съ предпріятія на фирму, считаетъ все предпріятіе какъ бы принадлежностью фирмы.

Къ составу торговопромышленнаго предпріятія относятся и всѣ права собственности литературной, художественной и промышленной (патенты на изобрѣтенія, фабричные модели и рисунки и т. д.) [1]). Отчуждатель, при сомнѣніи, обязанъ передать эти права пріобрѣтателю. Однако, для передачи этихъ правъ нерѣдко необходимо соблюденіе цѣлаго ряда формальностей.

Спорнымъ представляется вопросъ о переходѣ торговыхъ книгъ. Французская практика по этому вопросу неустойчива. По однимъ рѣшеніямъ, онѣ остаются собственностью продавца, съ предоставленіемъ права пользоваться ими пріобрѣтателю, поскольку это въ его интересахъ, по другимъ — наоборотъ [2]). Согласно германской практикѣ, торговыя книги переходятъ къ пріобрѣтателю,

[1]) Ср. Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 64 и приведенную тамъ литературу.

[2]) См. Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 115—116 и приведенныя тамъ судебныя рѣшенія.

поскольку онѣ необходимы для продолженія отношеній предпріятія, т. е. прежде всего, когда предпріятіе переходитъ съ активомъ и пассивомъ; въ другихъ же случаяхъ онѣ переходятъ къ пріобрѣтателю лишь тогда и постольку, когда и поскольку онѣ ему необходимы для информаціи [1]). Противъ такого рѣшенія возражали, исходя изъ обязанности хозяина сохранять книги подъ страхомъ наказанія въ теченіе извѣстнаго времени [2]). Но это возраженіе несостоятельно. Новый владѣлецъ предпріятія самъ кровно заинтересованъ въ сохраненіи книгъ, и передача ихъ ему прежнимъ хозяиномъ нисколько поэтому не можетъ разсматриваться, какъ виновное нарушеніе обязанности ихъ сохраненія.

Переходимъ къ наиболѣе сложнымъ вопросамъ, къ вопросамъ о преемствѣ пріобрѣтателя въ требованіяхъ и обязательствахъ торговаго предпріятія. Если исходить изъ понятія предпріятія какъ несамостоятельнаго цѣлевого имущества, то, какъ уже указано выше эти требованія и обязательства, при сомнѣніи, должны были бы переходить къ пріобрѣтателю съ сохраненіемъ отвѣтственности и за отчуждателемъ. Но законодательства такого вывода не дѣлаютъ. Не дѣлаетъ такого вывода и германское торговое уложеніе [3]). Мы разсмотримъ отдѣльно вопросы о переходѣ требованій и переходѣ обязательствъ.

Что касается перехода требованій, то французская практика за рѣдкими исключеніями, не считая ихъ относящимися къ составу предпріятія, не переноситъ ихъ на пріобрѣтателя. Если стороны желаютъ, чтобы требованія перешли къ пріобрѣтателю, онѣ могутъ прибѣгнуть къ цессіи. Въ англійской практикѣ имѣется только казуистическое рѣшеніе безъ указанія общаго принципа. А именно, если прежній владѣлецъ обезпечилъ себя отъ конкуренціи заключеніемъ соотвѣтственнаго обязательства со служащимъ или другимъ

---

[1]) См. Staub, op. cit., т. I, стр. 132.

[2]) Simon, op. cit., стр. 122.

[3]) Профессоръ Шершеневичъ въ своемъ курсѣ торговаго права, т. I, стр. 172—174, считаетъ, что герм. торг. уложеніе идетъ даже дальше. Онъ полагаетъ, что пріобрѣтатель торговаго предпріятія обязанъ въ силу закона очистить отчуждателя отъ долговъ предпріятія и что далѣе, въ случаѣ отчужденія предпріятія съ фирмою, всѣ возникшія по веденію предпріятія требованія и обязательства силою закона переносятся на пріобрѣтателя, и должники обязаны обращаться со своими требованіями прежде всего къ новому владѣльцу и лишь въ случаѣ неудовлетворенія—къ прежнему владѣльцу. Что такое толкованіе герм. закона неправильно, въ этомъ мы убѣдимся ниже.

лицомъ, то права, отсюда вытекающія, поскольку они не строго личныя, переходятъ къ пріобрѣтателю [1]).

Иначе рѣшается этотъ вопросъ германскимъ торговымъ уложеніемъ 1897 г. При этомъ различаются отношенія между сторонами и отношенія должниковъ предпріятія къ прежнему и новому владѣльцу предпріятія. Въ отношенія между сторонами новый торговый кодексъ не внесъ ничего новаго. Согласно прежней практикѣ всѣ требованія, возникшія въ торговомъ предпріятіи, не только основанныя на договорѣ, но и вытекающія изъ нарушенія исключительныхъ правъ, изъ контрафакцій, растратъ и т. п., при отсутствіи противоположнаго соглашенія, переходятъ къ пріобрѣтателю. Но таково послѣдствіе перехода предпріятія лишь въ отношеніяхъ между сторонами. Въ отношенія же къ должникамъ предпріятія § 25 герм. торг. уложенія внесъ нововведеніе. Безразлично, условились ли стороны о переходѣ требованій къ пріобрѣтателю, или нѣтъ, требованія, возникшія при веденіи предпріятія, считаются по отношенію къ должнику перешедшими къ пріобрѣтателю, коль скоро прежній владѣлецъ или его наслѣдники дали разрѣшеніе на сохраненіе за нимъ фирмы. Поэтому, до полученія должникомъ соотвѣтственныхъ свѣдѣній (при чемъ достаточнымъ считается занесеніе въ торговую запись указанія на переходъ фирмы), онъ можетъ совершить платежъ отчуждателю. Но, и при наличности указанныхъ условій, мы не имѣемъ здѣсь дѣла съ переходомъ, силою закона, требованія къ новому кредитору. Требованіе считается перешедшимъ не вообще, а только по отношенію къ должнику. Въ отношеніяхъ между отчуждателемъ и пріобрѣтателемъ, а также и по отношенію къ третьимъ лицамъ, кредиторамъ отчуждателя, это требованіе, если оно въ дѣйствительности не перешло къ пріобрѣтателю, въ виду противоположнаго условія между сторонами, остается требованіемъ отчуждателя, а не пріобрѣтателя. Въ конкурсѣ отчуждателя это требованіе въ указанномъ случаѣ является активомъ конкурсной массы, въ конкурсѣ пріобрѣтателя оно не фигурируетъ въ активѣ конкурсной массы. И, если должникъ, въ указанномъ случаѣ, совершитъ платежъ пріобрѣтателю, то отчуждатель въ правѣ отыскивать

[1]) См. Borchard, op., cit., стр. 93. Аналогичное рѣшеніе имѣется и во французской практикѣ. Такъ, по рѣшенію парижской судебной палаты отъ 29 іюля 1903 г., отчуждатель торговаго предпріятія обязанъ цедировать пріобрѣтателю искъ, вытекающій изъ нарушенія служащимъ обязательства въ теченіе извѣстнаго времени не заводить конкурирующей торговли (Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 118—119).

у пріобрѣтателя предметъ платежа. Но, по отношенію къ должнику, наступаютъ послѣдствія цессіи въ силу закона. При наличности указанныхъ требованій онъ можетъ и обязанъ совершить платежъ пріобрѣтателю и не въ правѣ доказывать, что соотвѣтственное требованіе въ дѣйствительности не перешло къ пріобрѣтателю. Въ то же время и отчуждатель по отношенію къ должнику перестаетъ считаться кредиторомъ. Мало того. Такъ какъ за долги предпріятія отчуждатель, по общему правилу, продолжаетъ отвѣчать, то можетъ случиться, что, при предъявленіи къ нему иска, онъ не въ правѣ будетъ компенсировать его соотвѣтственнымъ требованіемъ, хотя бы и не уступленнымъ пріобрѣтателю. Иное соглашеніе между сторонами имѣетъ силу по отношенію къ третьимъ лицамъ лишь въ томъ случаѣ, если оно занесено въ реестръ и опубликовано или сообщено этимъ третьимъ лицамъ которой либо изъ сторонъ. Для перехода требованій и отвѣтственности должниковъ передъ новымъ владѣльцемъ нужна соотвѣтственная цессія и извѣщеніе должниковъ [1]).

Самымъ сложнымъ и труднымъ вопросомъ, связаннымъ съ переходомъ предпріятій, является вопросъ о судьбѣ долговъ предпріятія. Переносятся ли эти долги на пріобрѣтателя, или нѣтъ? Сохраняется ли отвѣтственность отчуждателя? А если она сохраняется, то въ теченіе какого времени? Въ законодательствѣ и судебной практикѣ западно-европейскихъ странъ мы не находимъ одинаковаго отвѣта на этотъ вопросъ. Необходимо, однако, замѣтить, что въ виду опасностей, грозящихъ кредиторамъ предпріятія въ случаѣ его перехода въ другія руки, многія законодательства принимаютъ тѣ или иныя мѣры въ охрану интересовъ кредиторовъ предпріятія [2]).

Въ Англіи, при отчужденіи фирмы, долги предпріятія не переносятся на пріобрѣтателя въ виду того, что фирма считается только удобнымъ наименованіемъ ея обладателя, и потому, съ отчужденіемъ ея, юридическій контуитетъ фирмы, непрерывность ея прекращается. Даже при договорѣ отчуждателя съ пріобрѣтателемъ

---

[1]) См. Staub, op. cit., стр. 131—144, Cosack, op. cit., стр. 69—71.

[2]) Regelsberger, op. cit., стр. 19., не видитъ никакихъ опасностей для кредиторовъ предпріятія въ случаѣ перехода предпріятія въ другія руки: если этотъ переходъ совершенъ безвозмездно, они могутъ прибѣгнуть къ actio Pauliana: если же переходъ возмездный, имущество должника не уменьшается; что же касается того соображенія, что имущество, превращенное въ деньги, скорѣе можетъ быть растрачено, то противъ этой опасности достаточной гарантіей служитъ публикація объ измѣненіи фирмы.

о переходѣ долговъ, торговые кредиторы прежняго принципала не получаютъ прямого требованія къ пріобрѣтателю [1]).

Согласно французской практикѣ, долги отчужденнаго предпріятія также не переносятся на пріобрѣтателя въ силу самого перехода предпріятія. Если стороны желаютъ такого перехода долговъ, то онѣ могутъ прибѣгнуть къ новаціи и делегаціи (délègation parfaite и délégation imparfaite) или же къ договору въ пользу третьяго лица. При этомъ, въ случаѣ новаціи и délégation parfaite, отчуждатель освобождается отъ отвѣтственности, а въ случаѣ délégation imparfaite и договора въ пользу третьяго лица, отвѣтственность отчуждателя остается въ силѣ, несмотря на то, что кредиторъ получаетъ прямое требованіе къ пріобрѣтателю. Но, въ случаѣ умолчанія сторонъ, долги на пріобрѣтателя не переносятся. До недавняго времени не предъявлялось даже требованія публичности отчужденія торговаго предпріятія для того, чтобы это отчужденіе имѣло силу по отношенію къ третьимъ лицамъ. Но въ виду того, что при такой практикѣ отчужденіе торговаго предпріятія являлось весьма удобнымъ средствомъ для избѣжанія платежей, то въ крупнѣйшихъ городахъ, Парижѣ, Ліонѣ, Марсели и др., сложился обычай публиковать объ отчужденіи предпріятій въ цѣляхъ предупрежденія кредиторовъ и предоставленія имъ возможности возражать противъ уплаты цѣны отчуждателю, путемъ наложенія ареста на слѣдуемую ему сумму. Тѣмъ же обычаемъ на пріобрѣтателя возлагалась обязанность въ теченіе извѣстнаго времени (10 дней въ Парижѣ, Ліонѣ и др. городахъ, 8 дней въ Марсели) не совершать платежа отчуждателю. Однако, юридическая обязательность этого обычая представлялась для французской судебной практики и доктрины весьма спорной, въ особенности поскольку онъ относился въ отвѣтственности пріобрѣтателя передъ кредиторами, въ случаѣ уплаты цѣны отчуждателю, безъ публикаціи объ отчужденіи предпріятія [2]). Такое неопредѣленное положеніе кредиторовъ предпріятія требовало законодательнаго рѣшенія вопроса, и это рѣшеніе было дано въ законѣ 17 марта 1909 г. о продажѣ и закладѣ торговыхъ предпріятій. Цѣль этого закона защитить интересы какъ кредиторовъ предпріятія вообще, такъ и въ частности новаго кредитора отчу-

[1]) См. Borchard, op. cit., стр 90, а также Lindley, op. cit. стр. 270.

[2]) Boutaud et Chabrol, op. cit., стр. 188 сл., Lyon-Caen et Renault, op. cit., § 251 bis, Baudry-Lacantinerie et Saignat, De la vente, 3-е изд. § 498.

жденнаго предпріятія, самого отчуждателя, въ виду того, что не рѣдко предпріятія отчуждаются не на наличныя, а въ кредитъ. При соблюденіи извѣстныхъ формальностей, отчуждателю предоставляется соотвѣтственная привилегія по отношенію къ торговому предпріятію. Что же касается кредиторовъ предпріятія, то ихъ интересы защищаются слѣдующими мѣрами. Фактъ отчужденія долженъ быть опубликованъ въ соотвѣтственной газетѣ законныхъ объявленій (journal d'annonces lêgales), въ теченіе двухъ недѣль со дня отчужденія. Это объявленіе должно быть повторено спустя недѣлю или двѣ послѣ перваго объявленія. Въ теченіе 10 дней послѣ второго объявленія, любой кредиторъ прежняго собственника, хотя бы требованіе его еще не подлежало исполненію, можетъ заявить возраженіе противъ уплаты цѣны посредствомъ простого внѣсудебнаго акта, въ которомъ онъ долженъ, подъ страхомъ недѣйствительности возраженія, указать сумму и основаніе своего требованія. Если же пріобрѣтатель не сдѣлаетъ указанныхъ объявленій или до истеченія указаннаго десятидневнаго срока уплатитъ цѣну отчуждателю, то онъ по отношенію къ третьимъ лицамъ не освобождается отъ отвѣтственности. Въ теченіе 20 дней послѣ второй публикаціи каждый кредиторъ, занесенный въ реестръ или сдѣлавшій возраженіе, если окажется, что цѣна не покрываетъ требованій кредиторовъ по закладу и кредиторовъ, сдѣлавшихъ возраженіе, имѣетъ право требовать назначенія предпріятія въ продажу съ публичныхъ торговъ, съ надбавкой со своей стороны одной шестой части цѣны предпріятія, за исключеніемъ товаровъ и оборудованія. Но послѣднее правило обставлено столь многочисленными ограниченіями, что оно на практикѣ будетъ крайне рѣдко встрѣчаться [1]).

Съ точки зрѣнія германскаго торговаго уложенія и по вопросу о переходѣ долговъ предпріятія опять таки необходимо различать отношенія между сторонами и отношенія ихъ къ кредиторамъ предпріятія. Въ отношенія между сторонами торговое уложеніе 1897 года не внесло ничего новаго. Сторонамъ, несомнѣнно, предоставлено право согласиться въ договорѣ объ отчужденіи предпріятія о переходѣ всѣхъ долговъ къ пріобрѣтателю, или о переходѣ къ нему только опредѣленныхъ долговъ, или даже, наконецъ, объ освобожденіи его отъ всякой отвѣтственности за долги предпріятія. Это соглашеніе имѣетъ полную силу inter partes. Относительно случая умолчанія сторонъ—мнѣнія расходятся. Нѣкоторые

[1]) См. Dalloz, Jurisprudence gènèrale, 1909 г., ч. IV, стр. 41 сл. изложеніе закона съ объясненіями.

находятъ, что намѣренія сторонъ должны въ этомъ случаѣ быть истолкованы въ томъ смыслѣ, что на пріобрѣтателя переносятся всѣ тѣ долги, которые именно не исключены [1]); и въ самомъ фактѣ перехода предпріятія содержится, по ихъ мнѣнію, въ случаѣ умолчанія сторонъ, договоръ объ освобожденіи отъ долга, имѣющій однако силу только между сторонами. Другіе отрицаютъ даже и это. Но если предпріятіе переходитъ съ пассивомъ, то на пріобрѣтателя переносятся всѣ обязательства предпріятія, т. е. всѣ обязательства, находящіяся въ столь тѣсной связи съ веденіемъ предпріятія, что они представляются послѣдствіемъ этого веденія предпріятія. Что же касается до отношеній сторонъ къ кредиторамъ предпріятія, то опять таки, въ уложеніи 1897 г. имѣется нововведеніе. Пріобрѣтатель прямо отвѣчаетъ передъ кредиторами отчужденнаго предпріятія, если онъ продолжаетъ вести его подъ прежней фирмой съ указаніемъ или безъ указанія на свое преемство. При этомъ достаточно одного факта веденія предпріятія подъ старой фирмой, независимо отъ того, получилъ ли пріобрѣтатель право на сохраненіе за предпріятіемъ старой фирмы, или нѣтъ. Зналъ ли пріобрѣтатель о наличности соотвѣтственныхъ обязательствъ, или не зналъ—это безразлично. Не освобождаетъ его отъ отвѣтственности передъ кредиторами предпріятія и условіе, заключенное съ отчуждателемъ, о непереходѣ къ нему пассива предпріятія. Это условіе само по себѣ не имѣетъ силы по отношенію къ третьимъ лицамъ. Правда, такое условіе возлагаетъ на отчуждателя обязанность своевременно удовлетворить кредиторовъ предпріятія и возмѣстить пріобрѣтателю ущербъ, причиненный ему взысканіемъ съ него долга, за который онъ, по соглашенію съ отчуждателемъ, не долженъ былъ отвѣчать. Для того же, чтобы такое соглашеніе имѣло силу по отношенію къ третьимъ лицамъ и освобождало пріобрѣтателя отъ прямой отвѣтственности передъ кредиторами отчужденнаго предпріятія, оно должно быть занесено въ реестръ и опубликовано или сообщено этимъ третьимъ лицамъ. Такимъ образомъ, свобода сторонъ, вступающихъ въ сдѣлку по отчужденію предпріятія, не безусловно стѣсняется, приняты только мѣры къ огражденію интересовъ третьихъ лицъ. Далѣе, такъ какъ одинъ только фактъ веденія предпріятія подъ старой фирмой служитъ основаніемъ отвѣтственности пріобрѣтателя за долги предпріятія, то занесеніе въ реестръ или сообщеніе кредиторамъ должно послѣ-

[1]). Staub, op. cit., стр. 132, Cosack, op. cit.

довать одновременно съ началомъ продолженія старой фирмы, конечно, опять таки не въ смыслѣ unitas actus, а въ смыслѣ возможной близости во времени. Однако, фактъ веденія предпріятія подъ старой фирмой не освобождаетъ отъ отвѣтственности прежняго владѣльца. Прежній владѣлецъ продолжаетъ отвѣчать по всѣмъ долгамъ; а по долгамъ, за которые отвѣчаетъ и пріобрѣтатель, прежній владѣлецъ отвѣтствуетъ какъ совокупный должникъ. Кредиторъ поэтому совершенно не обязанъ ранѣе обратиться къ пріобрѣтателю и лишь при неудовлетвореніи со стороны послѣдняго привлечь къ отвѣту прежняго владѣльца; ему, напротивъ того, принадлежитъ выборъ между любымъ изъ совокупныхъ должниковъ, по общимъ правиламъ объ отвѣтственности совокупныхъ должниковъ. Если же пріобрѣтатель будетъ продолжать вести предпріятіе подъ **новой** фирмой, то онъ отвѣчаетъ передъ кредиторами отчужденнаго предпріятія лишь при наличности особаго обязательственнаго отношенія между нимъ и кредиторами. Договора между отчуждателемъ и пріобрѣтателемъ о переходѣ къ послѣднему пассива предпріятія недостаточно для обоснованія прямой отвѣтственности пріобрѣтателя передъ кредиторами. Такимъ основаніемъ для прямой отвѣтственности пріобрѣтателя является (если оставить въ сторонѣ пріобрѣтеніе всего имущества отчуждателя) либо принятіе на себя чужого долга съ согласія кредитора и съ устраненіемъ отвѣтственности отчуждателя, либо объявленіе пріобрѣтателемъ, обычнымъ въ торговлѣ способомъ, о принятіи имъ на себя обязательствъ предпріятія. Въ послѣднемъ случаѣ согласія кредиторовъ не требуется, и пріобрѣтатель прямо отвѣчаетъ передъ кредиторами, хотя бы inter partes состоялось соглашеніе о непереходѣ пассива. Когда сохраняется отвѣтственность отчуждателя наряду съ отвѣтственностью пріобрѣтателя, первый продолжаетъ отвѣчать до удовлетворенія кредиторовъ пріобрѣтателемъ или до освобожденія его отъ отвѣтственности кредиторомъ. Такимъ освобожденіемъ отъ отвѣтственности не считается ни молчаніе кредитора въ отвѣтъ на сообщеніе отчуждателя о сложеніи имъ съ себя дальнѣйшей отвѣтственности, ни напоминаніе о просрочкѣ или искъ, направленный кредиторомъ къ пріобрѣтателю, ни даже то обстоятельство, что кредиторъ производитъ удовлетвореніе по двустороннему договору пріобрѣтателю, къ которому предпріятіе перешло съ активомъ [1]). Но, въ этихъ случаяхъ, и только въ этихъ слу-

[1]) См. Staub. op. cit., стр. 140—148, Cosack, op. cit., стр. 70—72.

чаяхъ, коррелатомъ незаслуженнаго присоединенія новаго должника является болѣе краткая давность погашенія претензіи кредиторовъ къ одному изъ совокупныхъ должниковъ, къ отчуждателю. Требованія эти погашаются по отношенію къ отчуждателю въ 5 лѣтъ, если по общимъ правиламъ о давности они не погашаются въ срокъ болѣе краткій. Эта сокращенная давность начинаетъ течь не со дня отчужденія предпріятія, а либо со дня внесенія въ торговую запись новаго владѣльца старой фирмы, либо со дня объявленія пріобрѣтателемъ о принятіи имъ на себя обязательствъ предпріятія. Если же кредиторъ могъ потребовать удовлетворенія только послѣ наступленія указанныхъ событій, то съ этого момента только и начинается теченіе срока давности.

Къ защитѣ интересовъ торговыхъ кредиторовъ направленъ венгерскій законъ 28 декабря 1908 г. о переходѣ торговыхъ предпріятій. Согласно этому закону, пріобрѣвшій торговое предпріятіе по договору отвѣчаетъ за тѣ долги предпріятія, которые ему были извѣстны въ моментъ пріобрѣтенія предпріятія, или должны бы были быть ему извѣстны, если бы онъ велъ себя какъ заботливый купецъ. Отвѣтственность отчуждателя остается въ силѣ безъ всякихъ ограниченій. Исключается случай отчужденія предпріятія въ конкурсномъ производствѣ. Съ особой подозрительностью законъ относится къ пріобрѣтенію предпріятій родственниками и свойственниками, даже довольно отдаленными. Если такіе родственники или свойственники пріобрѣли предпріятіе, то они отвѣчаютъ по всѣмъ обязательствамъ предпріятія безъ всякихъ ограниченій. Прямая отвѣтственность пріобрѣтателя передъ кредиторами предпріятія за всѣ безъ ограниченія обязательства послѣдняго создается и въ томъ случаѣ, если пріобрѣтатель обязался передъ отчуждателемъ взять на себя всѣ долги предпріятія. О сохраненіи отвѣтственности отчуждателя въ этомъ случаѣ законъ умалчиваетъ. Изъ дальнѣйшаго содержанія закона видно, что правила эти не строго императивныя, такъ какъ въ случаѣ соглашенія о непринятіи на себя пріобрѣтателемъ извѣстныхъ обязательствъ предпріятія, вопросъ о томъ, имѣется ли здѣсь преемство пріобрѣтателя въ долгахъ предпріятія, представляется вопросомъ факта, который долженъ быть рѣшенъ на основаніи всей совокупности обстоятельствъ. Далѣе, если кто либо образуетъ съ владѣльцемъ торговаго предпріятія въ цѣляхъ эксплоатаціи послѣдняго торговое товарищество, то это товарищество отвѣчаетъ по всѣмъ обязательствамъ отчужденнаго предпріятія, съ сохраненіемъ отвѣтственности прежняго единоличнаго владѣльца предпріятія.

Въ заключеніе нѣсколько словъ о проектахъ, разсматривавшихся въ междувѣдомственномъ совѣщаніи по изысканію мѣръ противъ неплатежей. Согласно этимъ проектамъ, на отчуждателя возлагается обязанность представить списокъ всѣхъ кредиторовъ по отчуждаемому предпріятію, съ указаніемъ суммы задолженности каждому кредитору, а равно мѣстожительства или мѣстонахожденія кредиторовъ. Исполненіе этой обязанности не всегда по силамъ отчуждателю. Кредиторы порой неизвѣстны владѣльцу предпріятія и ихъ мѣстожительство тѣмъ болѣе можетъ оказаться неизвѣстнымъ; и странно требовать отъ него, подъ страхомъ наказанія, указать не только ихъ личность, но и ихъ мѣстожительство; не менѣе странно требовать отъ отчуждателя представленія списка и указанія мѣстожительства неизвѣстныхъ ему векселедержателей.

Далѣе, на пріобрѣтателя возлагается безусловная отвѣтственность по обязательствамъ, внесеннымъ въ списокъ, т. е., иными словами, по всѣмъ обязательствамъ предпріятія, такъ какъ предполагается, что отчуждатель, находясь подъ угрозой суроваго наказанія, внесетъ въ этотъ списокъ всѣхъ кредиторовъ. Свобода сторонъ, при желаніи ими исключить такую отвѣтственность пріобрѣтателя, совершенно устраняется, такъ какъ такое ихъ соглашеніе, хотя бы и опубликованное, для третьихъ лицъ необязательно. Наряду съ отвѣтственностью пріобрѣтателя сохраняется и отвѣтственность отчуждателя, однако, только въ теченіе двухъ лѣтъ со дня отчужденія предпріятія. Эта сокращенная давность для отвѣтственности отчуждателя устанавливается, какъ видно изъ объяснительной записки къ проекту [1]), не только по отношенію къ тѣмъ долгамъ, за которые солидарно съ отчуждателемъ отвѣчаетъ пріобрѣтатель, но и (совершенно неизвѣстно на какомъ основаніи) по отношенію къ долгамъ, за которые пріобрѣтатель не отвѣчаетъ. При семъ давность эта во всякомъ случаѣ начинаетъ течь со дня отчужденія предпріятія, хотя бы кредиторъ въ этотъ моментъ еще не могъ требовать исполненія по этому обязательству и даже хотя бы это требованіе подлежало исполненію только по истеченіи двухлѣтняго срока со дня отчужденія предпріятія.

---

[1]) См. Записку совѣта съѣздовъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства къ представленному имъ въ министерство торговли и промышленности проекту, стр. 22.

Въ этомъ же проектѣ имѣется и правило о распространеніи силы судебнаго рѣшенія, вынесеннаго противъ отчуждателя, на пріобрѣтателя, какъ на совокупнаго должника. Такое распространеніе силы судебнаго рѣшенія на неучаствовавшаго въ дѣлѣ совокупнаго должника безусловно исключается германскимъ законодательствомъ (§ 425 герм. гражд. улож.). Но и французская практика, которая, исходя изъ неправильнаго представленія о существованіи молчаливаго мандата между совокупными должниками, распространяетъ силу судебнаго рѣшенія, вынесеннаго противъ одного изъ совокупныхъ должниковъ, на всѣхъ остальныхъ должниковъ, знаетъ много исключеній изъ этого правила. Сила судебнаго рѣшенія не распространяется на совокупныхъ должниковъ, имѣющихъ личное возраженіе; сила этого судебнаго рѣшенія не распространяется на другихъ должниковъ, если оно явилось результатомъ злонамѣренной стачки между кредиторомъ и тѣмъ изъ солидарныхъ должниковъ, противъ котораго искъ былъ вчиненъ, или если оно дѣлаетъ обязательство болѣе обременительнымъ [1]) (напр., прибавленіемъ судебныхъ издержекъ). Въ разбираемомъ же нами проектѣ такихъ различій не дѣлается. Составители проекта заявляютъ [2]), что прототипомъ для этой ихъ статьи послужила соотвѣтственная статья венгерскаго закона. Однако, статья проекта и статья венгерскаго закона значительно разнятся одна отъ другой. По венгерскому закону для распространенія силы судебнаго рѣшенія на пріобрѣтателя требуется два основныхъ условія: вчиненіе соотвѣтственнаго иска до отчужденія предпріятія и знаніе объ этомъ пріобрѣтателя въ моментъ отчужденія. Въ этомъ имѣется какъ-никакъ хотя бы нѣкоторое обезпеченіе интересовъ пріобрѣтателя. Составители проекта этихъ условій не требуютъ. Сила вынесеннаго противъ отчуждателя судебнаго рѣшенія простирается и на пріобрѣтателя даже въ томъ случаѣ, если искъ былъ вчиненъ противъ отчуждателя послѣ отчужденія имъ предпріятія, но до полученія кредиторомъ заявленія объ этомъ или (при неполученіи кредиторомъ такого заявленія) въ теченіе мѣсячнаго срока со дня публикаціи, и хотя бы пріобрѣтатель совершенно не зналъ о томъ, что такой искъ предъявленъ.

Составители проекта предполагаютъ распространить его дѣй-

---

[1]) Planiol, Traité de droit civil, т. 2, изд. 1907, стр. 240.

[2]) См. цитированную записку, стр. 31.

ствіе и на случаи отчужденія не цѣлаго торговаго или промышленнаго предпріятія, а только товара или обстановки торговаго или промышленнаго предпріятія, если товаръ или обстановка остаются въ прежнемъ помѣщеніи предпріятія и если при этомъ право отчуждателя на указанное помѣщеніе прекращается. Вопросъ о томъ, является ли такое отчужденіе товаровъ или обстановки отчужденіемъ предпріятія для дальнѣйшаго веденія, для составителей проекта не представляется вопросомъ факта, подлежащимъ разрѣшенію на основаніи всей совокупности обстоятельствъ. Ими, наоборотъ, устанавливается praesumptio juris et de jure, что такое отчужденіе прикрываетъ собою отчужденіе всего предпріятія.

Возраженій докладчику никѣмъ сдѣлано не было. Предсѣдательствующій *В. М. Нечаевъ* въ своемъ резюме замѣтилъ слѣдующее:

Необходимо признать, что выполненіе взятой на себя докладчикомъ задачи оказалось, къ сожалѣнію, нѣсколько одностороннимъ, чѣмъ и объясняется то обстоятельство, что докладъ не вызвалъ никакихъ преній. Между тѣмъ вопросъ, трактуемый докладчикомъ, представляется весьма интереснымъ и совершенно новымъ, какъ въ жизни, такъ и въ литературѣ и законодательствѣ. Вопросъ этотъ отвѣчаетъ новымъ потребностямъ жизни, не укладывающимся вовсе въ существующія рамки законовъ. При такихъ условіяхъ изученіе этого вопроса должно было итти по пути, главнымъ образомъ, изученія явленій жизни и желательнаго ихъ регламентированія. Между тѣмъ, докладчикъ сталъ на иную точку зрѣнія, попытавшись подойти къ этой задачѣ съ точки зрѣнія юридически-догматической, т. е. другими словами, исходя изъ простого опредѣленія. Примыкая въ этомъ отношеніи къ установленному уже теоріей дѣленію имущественныхъ правъ, докладчикъ дѣлаетъ свои заключенія въ видѣ простого вывода изъ основныхъ принциповъ. Ясно, что въ такой конструкціи нельзя обнять новыхъ жизненныхъ потребностей и новыхъ жизненныхъ явленій, которыя составляютъ предметъ настоящаго доклада.

Задача доклада должна была заключаться въ выясненіи всѣхъ конкретныхъ вопросовъ, каковы, напримѣръ, прежде всего вопросъ о кліентелѣ. Это понятіе въ нашемъ правѣ совершенно неизслѣдовано. Для того, чтобы рѣшить вопросъ, пе-

реходятъ ли при продажѣ предпріятія и права на кліентелу, необходимо, очевидно, выяснить прежде всего юридическій характеръ этого института. Равнымъ образомъ, путемъ такого же анализа жизни и ея явленій можно дать надлежащій отвѣтъ и на такой конкретный вопросъ, какъ напр. права на номеръ телефона и т. д. Методъ дедуктивной конструкціи, по которому идетъ докладчикъ, представляется недостаточнымъ. Онъ можетъ быть простъ, ясенъ, разрѣшать безъ затрудненія всѣ вопросы, но въ этой именно простотѣ и легкости заключается корень тѣхъ неправильныхъ выводовъ, къ которымъ приходитъ докладчикъ, ибо дедуктивный методъ возможенъ лишь тогда, когда пройденъ тяжелый путь изслѣдованія частныхъ случаевъ и приведенія ихъ путемъ индукціи къ опредѣленнымъ общимъ началамъ. Эта индуктивная работа въ отношеніи такихъ новыхъ явленій, которыя являются предметомъ настоящаго доклада, еще не сдѣлана. Необходимо изучить жизненныя явленія, необходимо выяснить, какъ относятся къ нимъ различныя законодательства, установить основанія неодинаковаго отношенія къ нимъ со стороны различныхъ законодательствъ и лишь послѣ этого, найдя общіе принципы, можно создавать ту или иную конструкцію въ томъ видѣ, какъ попытался сдѣлать сегодня докладчикъ. Возьмемъ, напримѣръ, простѣйшій вопросъ о долгахъ. Несомнѣнно, весьма часто переходъ предпріятій совершается съ цѣлью преступнаго обмана кредиторовъ, т. е. должникъ, чтобы избѣгнуть платежа по долгамъ, совершаетъ актъ отчужденія своего предпріятія, по отчужденіи коего и всѣ претензіи этого предпріятія къ различнымъ его кліентамъ переходятъ къ новому пріобрѣтателю; такимъ образомъ, кредиторы бывшаго собственника предпріятія лишены возможности обратить свое взысканіе на какое-либо имущество ихъ должника. Здѣсь гражданское право соприкасается съ правомъ уголовнымъ и несомнѣнно, для правильнаго разрѣшенія возникающихъ въ сей области вопросовъ, необходимо совмѣстное взаимное восполненіе другъ другомъ гражданскаго и уголовнаго права. Этой стороны вопроса докладъ совершенно не коснулся, и кардинальный вопросъ о переходѣ торговыхъ предпріятій остался безъ надлежащаго выясненія. Въ докладѣ остались незатронутыми и другіе вопросы. При такой неполнотѣ доклада, В. М. Нечаевъ предпочитаетъ не коснуться критики отдѣльныхъ положеній доклада.

Съ другой стороны, нельзя не признать крупной заслуги докладчика въ томъ, что онъ коснулся вопроса новаго, еще мало разработаннаго. Слѣдуетъ ожидать, что докладчикъ продолжитъ свои работы въ этомъ направленіи и съ результатами своихъ трудовъ подѣлится съ обществомъ въ другой разъ. За посильную и весьма цѣнную попытку выяснить нѣкоторыя сложныя стороны нашего торговопромышленнаго оборота и дать имъ точную юридическую конструкцію предсѣдательствующій В. М. Нечаевъ и приноситъ докладчику благодарность.

Засѣданіе закрыто въ 11 часовъ вечера.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

29 октября 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^1/_2$ час. веч. подъ предсѣдательствомъ члены комитета уголовнаго отдѣленія *П. И. Люблинскаго.* Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *Г. Н. Штильмана*: *„Борьба вокругъ вопроса о судѣ присяжныхъ въ Германіи“.*

Тезисы доклада:

1) Походъ противъ суда присяжныхъ въ Европѣ и особенно въ Германіи диктуется въ первую голову мотивами психологическаго, а не юридическаго свойства.

2) Критика противниковъ жюри въ нѣмецкихъ странахъ не выходитъ за черту аргументовъ, хорошо извѣстныхъ русскимъ теоретикамъ и практикамъ по страстной полемикѣ 80-хъ годовъ.

3) Въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ замѣчается неспособность провести ясную черту между случайными аксессуарами института и тѣмъ, въ чемъ таится его животворящая сила.

4) Въ своемъ нынѣшнемъ видѣ судопроизводство съ присяж-

ными обременено въ Германіи цѣлымъ рядомъ чрезвычайно серьезныхъ дефектовъ.

5) Изъ бурь послѣдняго десятилѣтія нѣмецкій судъ присяжныхъ выйдетъ обновленнымъ и болѣе сильнымъ, чѣмъ онъ былъ здѣсь въ краткую эпоху своего расцвѣта [1]).

По открытіи засѣданія слово было предоставлено *докладчику Г. Н. Штильману*, сообщившему слѣдующее:

Не ликующими возгласами, а ропотомъ глухого недовольства встрѣтилъ цехъ юристовъ столѣтній юбилей существованія жюри на европейскомъ континентѣ. Съ конца прошлаго вѣка и до сихъ поръ друзья института обречены повсюду на томительную роль обороняющейся стороны. То тамъ, то здѣсь раздаются энергическіе призывы къ ограниченію компетенціи суда присяжныхъ. А совсѣмъ недавно разработанъ даже былъ, какъ извѣстно, и проектъ полной отмѣны жюри.

Наиболѣе рѣзкія формы движеніе это приняло въ государствѣ гдѣ рангъ „поэтовъ и мыслителей“ давно уже пересталъ быть первенствующимъ. Духовное руководительство походомъ принадлежитъ безусловно Германіи. Но тотъ же самый процессъ наблюдается также въ Италіи и во Франціи, въ Швейцаріи, Австріи и на Пиренеяхъ. Словно юристы всѣхъ странъ собрались отомстить институту за то апріорное довѣріе, которымъ онъ, съ легкой руки дѣя-

---

[1]) Литература предмета:

1) Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprocesses, 2 Bände, 1905.

2) Liepmann und Mittermaier, Schwurgerichte und Schöffenhgerichte. Сборникъ статей, еще не законченный.

3) Aschrott, Reform des Strafprocesses. Сборникъ статей.

4) v. Lilienthal, Der Entwurf einer Strafprocessordnung, 1909.

5) Oetker, Schwur--und Schöffengerichte, 1907 (3-й томъ Глазера).

6) Görres, Der Wahrspruch der Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen, Juristisch - psychiatrische Grundfragen, B. I., 1903—1904.

7) Birkmeyer, Deutsches Strafprocossrecht, 1898.

8) Bennecke-Belling, Lehrbuch, 1909.

9) Liszt's, Zeitschrift; Gerichtssaal; Archiv f. Strafr. und Strafprocess; Deutsche-Juristen Zeitung.

10) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 1910, 1911.

телей Великой революціи, пользовался продолжительное время во всемъ цивилизованномъ мірѣ.

Причины этого явленія глубоки и многоразличны. Но свойственная нашимъ днямъ гипертрофія критицизма, быть можетъ, занимаетъ среди нихъ совсѣмъ не послѣднее мѣсто. „Les choses parfaites“,—предупреждалъ нетерпѣливыхъ старый Фритцъ, — „ne sont pas du ressort de l'humanité“. А человѣческая мысль больше чѣмъ когда бы то ни было разочарована сейчасъ итогами усилій, предпринятыхъ въ разсчетѣ на быстрый и полный успѣхъ. Отсюда безплодныя іереміады о палліативномъ характерѣ соціальнаго законодательства. Отсюда наивныя жалобы на слабую продуктивность марксистской пропаганды. Отсюда скорбь о томъ, что современная республика — все та же res privata находящихся у власти общественныхъ группъ. Какъ въ первые годы прошедшаго вѣка рождались въ изобиліи конструкціи, одна плѣнительнѣе и оптимистичнѣе другой, такъ наше время характеризуется, напротивъ, детальнымъ и мелочнымъ анализомъ всѣхъ унаслѣдованныхъ идеаловъ. И это, конечно, не случай, что именно въ наши дни поставленъ былъ съ претензіей на особое глубокомысліе между прочимъ и вопросъ о томъ, подлинно ли женщина—человѣкъ, и если да, то въ какой именно мѣрѣ?

Въ полосу этихъ сомнѣній попалъ также принципъ суда присяжныхъ. И можно ли этому удивляться? Отъ жюри ждали нѣкогда въ области уголовной юстиціи такихъ же чудодѣйственныхъ результатовъ, какъ отъ соціализма въ борьбѣ за достиженіе всеобщаго счастья. Казалось, что найдена, наконецъ, форма правосудія, гарантирующая одновременно и полное раскрытіе объективной истины, и благо самого обвиняемаго, и безусловное торжество высшей справедливости. И вотъ по мѣрѣ того, какъ обнаруживалось, что все это достижимо еще пока только въ очень скромныхъ размѣрахъ, „обманутые“ стали отрицать и тѣ очевидныя преимущества, которыя обезпечили въ свое время нашему институту столь быстрое и широкое распространеніе.

Въ самой Германіи еще задолго до того, какъ могли проявиться послѣдствія этой общей причины, подготовленъ былъ тотъ же самый эффектъ своими спеціальными условіями и обстоятельствами. Необычайный подъемъ національнаго духа, явившійся результатомъ великихъ событій эпохи 1866—1870 г.г., постепенно улегся. А мѣсто его, какъ это, къ сожалѣнію, постоянно бываетъ, занялъ очень скоро слѣпой на оба глаза, ни съ чѣмъ не считающійся

шовинизмъ. Предъ Германіей,—гласилъ его лозунгъ,—не должно быть другого образца, кромѣ одного только собственнаго прошлаго. А за судомъ присяжныхъ укрѣпилась прочно репутація чужезем-наго, да при томъ еще, horribile dictu, французскаго учрежденія [1]). Такъ и пошелъ гулять по свѣту воинственный кличъ въ пользу шеффеновъ и противъ жюри.

Безспорно, что нѣмцы, какъ и другіе, впрочемъ, народы, познакомились съ судомъ присяжныхъ не въ его оригиналѣ, а въ той специфической передѣлкѣ, которую онъ претерпѣлъ подъ вліяніемъ государственно-правовыхъ теорій Монтескье, подъ ударами тяжелой руки Наполеона, подъ бдительнымъ окомъ юристовъ іюльской монархіи. Именно отсюда и беретъ свое начало большинство тѣхъ несообразностей, въ которыхъ незнакомые съ исторіей института усмотрѣли отъ вѣка присущія ему неизмѣняныя свойства. Однако, и въ этомъ даже, существенно изуродованномъ видѣ, жюри явилось несомнѣнно крупнѣйшимъ шагомъ впередъ, по сравненію съ дѣйствовавшимъ до того процессуальнымъ порядкомъ.

Надо помнить, что для руководящихъ нѣмецкихъ круговъ судъ присяжныхъ уже и въ дѣйствующемъ уставѣ не больше, какъ уступка общественному мнѣнію. Росчеркомъ пера нельзя было уничтожить того, что въ глазахъ народа все еще оставалось однимъ изъ серьезнѣйшихъ завоеваній освободительной эпохи. Склонить рейхстагъ на какіе-либо въ этомъ дѣлѣ компромиссы представлялось заранѣе безнадежнымъ. Но правительство, съ своей стороны, демонстрировало уже и въ 70-хъ годахъ готовность дать жюри чистѣйшую отставку [2]). И тогда оно было пожалуй мужественнѣе, чѣмъ сейчасъ, когда оффиціальный проектъ, не смотря на полное согласіе его составителей съ конечнымъ выводомъ комиссіи 1903—1905 г.г. о необходимости отмѣны суда присяжныхъ, оставляетъ соотвѣт-

[1]) Въ дѣйствительности, напротивъ, именно старое германское правосудіе показываетъ многочисленныя черты, въ которыхъ мы легко распознаемъ зачатки позднѣйшей, опирающейся на положительное законодательство, юстиціи съ присяжными. См., наприм., Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, s. 18, и приведенную тамъ литературу.

[2]) „Не будемъ же обманываться,—заявилъ въ рейхстагѣ прусскій министръ юстиціи Леонардъ,—судъ присяжныхъ приближается къ моменту своего заката, тогда какъ въ свѣтѣ утренней зари рисуется намъ учрежденіе института шеффеновъ". Rede gehalten am 21-n Nov. 1876. Hahn, Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz, B. II, S. 1257.

ственную часть нынѣшнихъ уставовъ въ совершенно неприкосновенномъ видѣ [1]).

Движеніе противъ суда присяжныхъ не можетъ быть поставлено въ плюсъ или минусъ какой-либо изъ борющихся криминалистическихъ школъ. Вопросъ ни съ какой стороны не соприкасается со споромъ объ источникѣ карательной власти государства, о правовыхъ границахъ ея, о конечной цѣли уголовной репрессіи. Достаточно указать на то, что такой юристъ, какъ Биндингъ сходится въ этой области съ главарями италіанской позитивной криминалистики. Знаменитый лейпцигскій профессоръ видитъ въ „институтѣ присяжныхъ ошибочнѣйшую форму суда, какую только способна была на протяженіи тысячелѣтій измыслить человѣческая глупость“ [2]). Его не менѣе извѣстный мюнхенскій коллега, общепризнанный глава современной боевой ортодоксіи, принадлежитъ, напротивъ, къ числу убѣжденнѣйшихъ приверженцевъ жюри. Любопытно, что Биркмейеръ готовъ скорѣй считать достоинствомъ, чѣмъ недостаткомъ суда присяжныхъ его несомнѣнную тенденцію ставить матеріальную, житейскую правду выше формальной справедливости закона [3]). Въ этомъ пунктѣ не рѣшаются, какъ извѣстно, отстаивать жюри даже и очень многіе изъ наиболѣе горячихъ защитниковъ института.

Въ своемъ нынѣшнемъ видѣ судъ присяжныхъ въ Германіи обремененъ, несомнѣнно, цѣлымъ рядомъ серьезныхъ организаціонныхъ дефектовъ. И враждебная жюри юридическая мысль либо обходитъ полнымъ молчаніемъ вопросъ объ ихъ устранимости, либо заявляетъ голословно, что недостатки эти органически суду присяж-

---

[1]) Упрекъ г. Розенберга, усматривающаго въ этомъ уступку „нѣкоторымъ профессіональнымъ политикамъ, журналистамъ, профессорамъ и адвокатамъ“ (Liszt's Leitschrift, 1910—1911, S, 21), представляется однако, совершенно неосновательнымъ. Изъ парламентскихъ, публицистическихъ и, въ особенности, академическихъ круговъ раздаются напротивъ настойчивые призывы къ осторожной, но рѣшительной реформѣ. Г. Ш.

[2]) „Das Amtsverbrechen und seine Legislatorische Behandlung“, Gerichtsaal, B. 64, S. 19.

[3]) Deutsches Strafprocessrecht, 1898, S. 225; въ пользу суда присяжныхъ высказались, между прочимъ, далѣе: за послѣдніе годы: Баръ, Кальь, Листъ, Миттермайеръ, Эткеръ и въ особенности Липпманъ; противъ, въ крайне рѣзкой формѣ, Бунпеке-Беллингъ (Lehrbuch, 1900, S. 50), далѣе: Гроссъ, Франкъ, Калькеръ, М. Е. Мейеръ, Вахъ, Розенфельдъ, а изъ практиковъ прежде всего Ашроттъ и Кронекеръ.

ныхъ присущи. Не аргументы, а чувства—позиція совершенно неприступная. Было бы безполезно съ какой-либо стороны ее атаковать.

Любопытную и смѣлую экскурсію въ область научно-психологической оцѣнки условій дѣятельности института предпринялъ нѣсколько лѣтъ тому назадъ Гёрресъ. Авторъ задался цѣлью, „совершенно абстрагируя отъ политическихъ и соціальныхъ мотивовъ и безъ всякаго предубѣжденія въ пользу или противъ жюри, подвергнуть анализу одни только факты, непоколебимо засвидѣтельствованные опытомъ“ [1]). Увы, работу его постигла неизбѣжная участь всѣхъ такого рода попытокъ: „индуктивный, естественно-научный методъ“ безсильно опустилъ руки предъ сложившимися въ иномъ порядкѣ готовыми симпатіями изслѣдователя. Не смотря на большую эрудицію и дѣйствительное стремленіе быть безпристрастнымъ, авторъ очутился всецѣло во власти своихъ апріорныхъ посылокъ, позаимствованныхъ едва ли не у Ганса Гросса [2]), ученикомъ котораго Гёрресъ, повидимому, себя признаетъ.

Надо, скажемъ, установить, что присяжные неспособны разобраться въ юридическихъ обстоятельствахъ дѣла. Какъ извѣстно, враги жюри утверждаютъ, что сущность всѣхъ процессуальныхъ актовъ рисуется ему въ совершенно неправильномъ свѣтѣ. И въ доказательство они приводятъ случаи изъ практики, гдѣ только-де подобной ошибкой можетъ быть объясненъ фактическій исходъ судебнаго разбирательства. Такая наивная аргументація безусловно, разумѣется, для нашего автора непріемлема. Но предлагаемое имъ самимъ „теоретическое“ обоснованіе оказывается на повѣрку никакъ не болѣе убѣдительнымъ.

Обратимся, однако, къ примѣрамъ. Въ суть дѣла присяжныхъ вводитъ, какъ извѣстно, обвинительный актъ. Какъ же, по общему правилу, отражается онъ въ сознаніи профессіональныхъ законовѣдовъ и состоящаго изъ среднихъ обывательскихъ элементовъ

---

[1]) „Der Wahrspruch der Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen“, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, B. I, Halle 1903—1904, S. 9.

[2]) Гансъ Гроссъ находитъ возможнымъ утверждать, что „90% всѣхъ практическихъ юристовъ и весьма значительная часть образованной публики убѣждены сейчасъ въ совершенной непригодности и безконечной опасности института присяжныхъ“, „Handbuch für Untersuchungsrichter“, 4-e Auflage, 1904, S. 48. Достовѣрность не относится, однако, къ числу положительныхъ качествъ талантливаго австрійскаго профессора. *Г. Ш.*

жюри? Предоставимъ слово нашему автору: „Коронный юристъ знаетъ, что вопросъ о преданіи суду вѣдается особою камерой, образуемой изъ его товарищей, компетентность которыхъ онъ не выше, разумѣется, ставитъ, чѣмъ собственную свою. Точка зрѣнія слѣдственной власти точно такъ же не можетъ ему импонировать. И, наконецъ, относительно прокуратуры нѣмецкій судья вооруженъ, по закону, такой самостоятельностью, которая должна обезпечить ему чувство безусловнаго равенства и сообщить его сужденіямъ печать полной независимости... Иначе члены скамьи присяжныхъ. Какъ легко можетъ здѣсь укорениться подсознательная, скрытая увѣренность, что обвинительный матеріалъ, какъ онъ формулированъ въ резолюціи о преданіи суду, означаетъ уже самъ по себѣ полномочную демонстрацію опредѣленной государственной воли. Не слѣдуетъ ли въ особенности опасаться, что присяжный, съ высоко развитымъ чувствомъ авторитета, станетъ жертвой того же искушенія, какому подвергаются обокраденные или вообще потерпѣвшіе, склонные тотчасъ же видѣть своего обидчика въ каждомъ, приведенномъ къ нимъ въ арестантской одеждѣ подозрѣваемомъ? Съ молчаливою, разумѣется, предпосылкой,—не будь подсудимый виноватъ, онъ не стоялъ бы сейчасъ здѣсь передъ нами“ [1]).

Мы видимъ, что экспериментальный методъ уступаетъ съ первыхъ же шаговъ мѣсто абстрактному разсужденію. Опытныя данныя отсутствуютъ. Въ основу всей своей конструкціи авторъ кладетъ одну лишь отвлеченную догадку... Это съ формальной стороны. По существу полученный выводъ категорически, повидимому, опровергаетъ одно изъ жесточайшихъ обвиненій, обычно посылаемыхъ по адресу жюри. Въ ряду мотивовъ противъ суда присяжныхъ ссылка на обилie оправдательныхъ приговоровъ занимаетъ едва ли не первое мѣсто [2]). И не прогляди по просту Гёррес этого момента, онъ вполнѣ добросовѣстно могъ бы поставить на голову всю свою аргументацію. Не трудно ли, въ самомъ дѣлѣ, именно профессіональному юристу пустить на смарку результаты долговременнаго и весьма, быть можетъ, усерднаго труда своихъ товарищей, рѣшившихъ въ утвердительномъ смыслѣ вопросъ о пре-

---

[1]) „Der Wahrspruch“ U. S. W. 22.

[2]) См. особенно статью: „Gegen die Schwurgerichte“, Liszt's Zeitschrift, VII, S. 3. Исчерпывающее отраженіе всѣхъ посылаемыхъ жюри по этому поводу упрековъ въ статьѣ И. Я. Фойницкаго: „Оправдательныя рѣшенія присяжныхъ засѣдателей и мѣры къ ихъ сокращенію“, Журн. Гражд. и Угол. права, 1879, № 6.

даніи суду. Не долженъ ли онъ затѣмъ сказать себѣ, что всѣ обстоятельства, говорящія въ пользу подозрѣваемаго, уже взвѣшены были предварительно слѣдователемъ? Наконецъ, и въ самомъ прокурорѣ коронный судья не склоненъ ли естественно видѣть того же спеціалиста, едва ли способнаго отстаивать безнадежную въ юридическомъ смыслѣ позицію... Совершенно другое дѣло присяжные. Не связанные никакими коллегіальными соображеніями, они могутъ свободно отдаться критической оцѣнкѣ всего собраннаго властями матеріала. Работа ихъ только теперь начинается. И самый фактъ призыва къ исполненію судейскихъ обязанностей служитъ, въ глазахъ членовъ жюри, лишнимъ доказательствомъ безусловнаго главенства ихъ задачи надъ всѣмъ, что до того было предпринято.

Абсолютнымъ характеромъ не отличается, очевидно, ни та ни другая категорія доводовъ. Да и въ такого рода оцѣнкахъ, это едва ли вообще достижимо. Дѣло въ значительной мѣрѣ опредѣляется убѣжденіемъ. Извѣстный индивидуальный придатокъ совершенно здѣсь неустранимъ.

Въ этомъ случаѣ еще, однако, была предпринята по крайней мѣрѣ попытка обосновать выставленное положеніе. Иначе поступаетъ Гёрресъ нѣсколько дальше. „Дѣятельность судьи,—говоритъ онъ,—похожа во многомъ на работу историка, а кто утверждалъ когда нибудь, что можно стать хорошимъ историкомъ безъ тщательной спеціальной подготовки“ [1]). Разумѣется, никто! Но аргументъ нашего автора нисколько отъ этого все-таки не выигрываетъ. Заключительная часть силлогизма только тогда вообще чего-нибудь стоитъ, если премисса его непоколебимо предварительно установлена или сама по себѣ очевидна. А развѣ можно проводить серьезно параллель между анатомирующимъ и возсоздающимъ дѣла минувшія ученымъ, и разбирающимся въ густой сѣти противоположныхъ живыхъ интересовъ судьей? Можно ли, скажемъ, подойти съ одинаковымъ мѣриломъ къ роли королевы Елизаветы въ дѣлѣ убійства Маріи Стюартъ и къ вопросу объ участіи Обріэна де-Ласси въ отравленіи Бутурлина?!

О глубокомъ непониманіи всей сути вопроса свидѣтельствуютъ столь частыя параллели между задачей, возлагаемой на жюри, и наемнымъ трудомъ исполняющихъ различныя профессіональныя функціи спеціалистовъ. Если присяжнымъ, которые въ жизни своей не имѣли дѣла съ закономъ, поручается разрѣшеніе юридическаго вопроса, то отчего не довѣрить первому встрѣчному чело-

[1]) Ibid. S. 23—24.

вѣку постройку домовъ, проводку желѣзныхъ дорогъ, дирижерство оркестромъ, или защиту нашихъ интересовъ въ гражданскомъ кассаціонномъ департаментѣ сената? Совершенно непостижимо, какимъ образомъ подобные примѣры соблазнили Гёрреса [1]), стремившагося положить въ основу всѣхъ своихъ оцѣнокъ критерій психологическаго свойства. Чисто-процессуальная сторона всякаго судебнаго разбирательства опирается неизбѣжно на заранѣе установленныя и твердо изученныя правила. Но, въ самомъ отвѣтѣ на вопросъ о виновности роль техническаго элемента совершенно своеобразна, а иногда и безусловно ничтожна. Жесточайшая обида, какая можетъ быть нанесена добросовѣстному служителю юстиціи, это недаромъ упрекъ въ формализмѣ. Привычка, лучшій другъ всякаго мастерства, превращается нерѣдко здѣсь въ коварнаго и безпощаднаго врага. Дѣятельность судьи уже хотя бы потому не можетъ быть сравниваема съ работой представителя какой-либо другой профессіи. И если этого не постигаютъ иные очень даже компетентные авторы, то мы только лишній разъ еще убѣждаемся въ томъ, какъ мало даетъ въ цѣломъ рядѣ вещей одна голая выучка.

Современное уголовное правосудіе находится въ переходномъ состояніи. Подъ гнетомъ этого обстоятельства должны, очевидно, одинаково страдать и коронные юристы, и присяжные засѣдатели. Но враги жюри стараются, конечно, и здѣсь обнаружить изобличающій его матеріалъ. И нужно ли еще говорить, что они съ большею легкостью вездѣ кругомъ себя его находятъ.

Кто не знаетъ, напримѣръ, какія трудности влечетъ за собой въ настоящее время экспертиза. Неясными являются уже прежде всего границы обязательности ея для суда. А стороны еще къ тому же озабочены всегда модификаціей всѣхъ выводовъ эксперта въ интересахъ защищаемаго ими дѣла. Бываютъ, разумѣется, и случаи, гдѣ всѣ старанія свѣдущаго лица остаются безрезультатными по винѣ присяжныхъ, отрицательно относящихся къ извѣстному кругу идей, „непоколебимо установленныхъ въ наукѣ“. Такъ, Гёрресъ очень горько сѣтуетъ на то, что жюри не сознаетъ совсѣмъ опасности, таящейся для современнаго правопорядка въ такомъ всемогущемъ и въ то же время маложелательномъ орудіи, какъ гипнотизмъ. Но кто изъ посѣщавшихъ судъ не бывалъ также часто свидѣтелемъ и совершенно обратнаго явле-

[1]) Ibid., S. 35.

нія, когда между жюри и экспертизой устанавливался сразу необходимый контактъ, а предсѣдательствующій,—въ зависимости отъ того, къ чему клонился личный его взглядъ,—старался всячески свести къ нулю итоги всѣхъ ея упорнѣйшихъ усилій. Вотъ почему должна быть признана тенденціозной и самая попытка вывести изъ факта учащающейся необходимости случаевъ психіатрической экспертизы на судѣ особый аргументъ противъ присяжныхъ [1]). Слѣдуя своей обычной системѣ, враги жюри и здѣсь ссылаются на зарегистрированныя очевидцами ошибки. Но въ такомъ упрощенномъ порядкѣ можно было бы, конечно, воздвигнуть одинаково грозное обвиненіе и противъ коронныхъ юристовъ. Чего-нибудь же стоитъ, наконецъ, и то, что сами эксперты ни въ коемъ случаѣ не болѣе охотно выступаютъ предъ полузнайкою-судомъ, чѣмъ довѣряющимъ, по крайней мѣрѣ, ихъ авторитету жюри.

Что сказать по поводу жалобы на, то, что присяжные склонны итти туда, куда зоветъ ихъ наиболѣе опытный и блестящій изъ участвующихъ въ процессѣ юристовъ [2]). Всѣмъ намъ хорошо извѣстны случаи, когда собравшіяся въ большомъ числѣ свѣтила адвокатуры оказывались совершенно безсильными противъ сѣренькихъ доводовъ посредственнѣйшаго товарища прокурора. И сколько разъ бываетъ, напротивъ, что начинающій, крайне безпомощный защитникъ одерживаетъ верхъ надъ вооруженнымъ съ головы до ногъ обвинителемъ. Въ дѣлахъ съ неясными уликами, сложной и запутанной этіологіей, сомнительнымъ психологическимъ антуражемъ, перевѣсъ получаетъ естественно мнѣніе, на сторонѣ котораго находятся искусство, темпераментъ и талантъ. Но не повторяется ли это неизбѣжно повсюду, гдѣ идетъ только рѣчь о вещахъ, по существу допускающихъ разные отвѣты. Не сводится ли въ дѣйствительности указанный упрекъ къ тому, что и присяжные засѣдали тоже не больше, чѣмъ люди,—истина, едва ли имѣющая за себя интересъ исключительной оригинальности?!

Но производство съ участіемъ жюри—это чистая лотерея. И уже самое образованіе скамьи присяжныхъ—дѣло слѣпого и ergo жестокаго случая [3]). Изъ того же самаго списка достаются на долю одного обвиняемаго разумные и снисходительные судьи.

---

[1]) Ibid., S. 41—43.
[2]) Ibid. S. 52.
[3]) Ibid., S. 73.

Другого коварная урна награждаетъ, черезъ какой-нибудь часъ, совершенно инымъ, безконечно болѣе строгимъ, составомъ.

Увы, это опять-таки одинъ изъ не очень производительныхъ вздоховъ въ пространство. Было бы, разумѣется, чрезвычайно пріятно, чтобы въ дѣйствительности людской все заранѣе поддавалось опредѣленному учету. И спора нѣтъ, на судѣ съ присяжными случай безусловно играетъ извѣстную роль. Но это не больше, чѣмъ фраза, и особенно, притомъ, непозволительная именно въ устахъ автора, исходящаго изъ такихъ предпосылокъ, какъ Герресъ, что жюри отъ перваго и до послѣдняго момента является игрушкою въ рукахъ тысячи всяческихъ непредвидѣнностей [1]). Ко всѣмъ моментамъ процесса могутъ быть отнесены здѣсь доводы, развитые уже выше въ связи съ вопросомъ о воздѣйствіи на присяжныхъ со стороны представителей обвиненія и защиты. А что касается до случайностей въ составѣ жюри, то не большей ли, напримѣръ, угрожаетъ опасностью и сейчасъ еще практикуемый тенденціозный подборъ коронныхъ судей? И если скажутъ, что дефектъ этотъ лежитъ за предѣлами самой организаціи института, то развѣ предъ нами не возведенный въ систему случай, когда обвиняемый, имя котораго начинается, допустимъ, съ буквы *А*, попадаетъ обязательно въ камеру, гдѣ, согласно долголѣтнему опыту, выносится въ полтора раза большее число оправдательныхъ вердиктовъ, чѣмъ въ сосѣднемъ отдѣленіи того же суда [2])? Въ частности для Германіи вопросъ этотъ является въ настоящее время особенно острымъ.

Приходя къ выводу, безусловно отрицательному для жюри, авторъ нашъ признаетъ тѣмъ не менѣе, что въ глазахъ общества юстиція стоитъ выше и гарантіи ея представляются болѣе вѣрными, если на исходъ дѣла вліяютъ не одни только судьи-законовѣды, а рядомъ и одновременно съ ними также люди со стороны. „Анализъ психической жизни отдѣльнаго человѣка говоритъ противъ присяжныхъ, но оцѣнка народно-психологическая требуетъ участія въ оправданіи правосудія не однихъ лишь профессіоналистовъ“. Какъ же теперь между собой примирить эти враждебныя начала? Очень, оказывается, просто. Герресъ находитъ, что дилемма благополучно разрѣшается нѣмецкимъ судомъ шеф-

[1]) Ibid., S. 74.

[2]) Въ большихъ центрахъ лица, привлеченныя къ отвѣтственности, распредѣляются между различными отдѣленіями окружнаго суда въ алфавитномъ порядкѣ своихъ именъ.

феновъ. „Das also war des Pudels Kern"—національный институтъ! Старый знакомецъ, столь безпощадно въ свое время разоблаченный Адольфомъ Меркелемъ [1]),—давно снова желаннѣйшій гость во всѣхъ юридическихъ, особенно законодательныхъ гостиныхъ. И такъ же, какъ въ лучшіе свои годы, онъ кичится опять все тѣми же, тысячекратно опровергнутыми достоинствами и заслугами. Разладъ между коронным и общественнымъ элементомъ, будто бы неизбѣжный на судѣ присяжныхъ, уступаетъ здѣсь мѣсто тѣснѣйшему сотрудничеству между ними. И каждая сторона обрѣтаетъ въ другой именно то, что больше всего нужно ей. Шеффены проходятъ на практикѣ суровую школу законности. Юристы научаются отдавать должное голосу жизни [2]).

Очень заманчиво, но не слишкомъ ли бѣлыми нитками шито? Присяжные неизбѣжно, по Герресу, должны пасовать предъ искусствомъ законовѣдовъ. А развѣ не ясно, что поскольку послѣдніе дѣйствительно подавляютъ непосвященныхъ людей своимъ авторитетомъ, операція эта производится въ чистѣйшемъ видѣ именно надъ шеффенами, какъ элементомъ все время съ судомъ неразлучнымъ? Передъ присяжными юристы развиваютъ свои доводы публично. Каждое слабое мѣсто въ аргументаціи противника опровергается здѣсь тотчасъ же другой стороны и корригируется въ заключительномъ словѣ предсѣдательствующимъ. Жюри удаляется съ вопроснымъ листомъ, и, предоставленные съ этого момента себѣ самимъ, присяжные могутъ подвергнуть критической оцѣнкѣ все, о чемъ на судѣ говорилось. Формальная и внутренняя свобода преній въ совѣщательной комнатѣ,—именно ея-то шеффенамъ и не достаетъ. Съ концомъ слѣдствія власть юриста надъ нимъ только еще усиливается. Наединѣ съ профанами коронные судьи, въ качествѣ извѣстной коллегіи, ставятъ естественно выше всего свою солидарность. Келейная обстановка дѣлаетъ, въ свою очередь, возможными способы воздѣйствія, совершенно немыслимые въ условіяхъ гласности. Съ какимъ же запасомъ независимости, необходимо явиться чтобы сохранить ее въ подобной атмосферѣ?

Но блаженны вѣрующіе,—ихъ ничего не смущаетъ. „Нельзя забывать,—говоритъ Гёрресъ,—что тамъ, гдѣ собираются два или три юриста, бываютъ всегда два или три мнѣнія. Опасность, что шеффены станутъ жертвою діалектическихъ махинацій, не такъ

[1]) „Gutachten über drei Gesetzgebungsfagen betreffend die Schöffengerichte", Verhandlungen des 9-en deutschen Juristentages, B. II. 1871.

[2]) Ibid., S, 75—77.

уже, поэтому, велика“ [1]). Такова завидная доля „убѣжденнаго человѣка“. Автору нашему внушаетъ, какъ мы видѣли, немалую тревогу склонность судей изъ общества воспринимать на вѣру доводы наиболѣе ловкаго и опытнаго изъ спеціалистовъ. Но тамъ, гдѣ все дѣлается по секрету, черта эта угрожаетъ, повидимому, меньшимъ вредомъ, чѣмъ въ обстановкѣ доступнаго широкому контролю публичнаго разбирательства. Что же, можетъ быть. Но отчего же тогда не распространить этотъ же принципъ и на нѣкоторыя другія стадіи производства? Гласность почиталась до сихъ поръ наилучшимъ сдерживающимъ и регулирующимъ средствомъ именно для участвующихъ въ дѣлѣ юристовъ. Взглядъ этотъ крѣпко повсюду держался съ того времени, какъ поколеблены были впервые на европейскомъ континентѣ черты инквизиціоннаго процесса. Но мы живемъ въ эпоху крайне торопливаго прогресса,—кто знаетъ, не устарѣло ли, чего добраго, также и это начало?

Полемика затянулась. Но я не жалѣю объ этомъ. Гёрресъ едва-ли не самый вдумчивый и блестящій изъ авторовъ, писавшихъ за послѣдніе годы по нашему вопросу. Разсмотрѣвъ сызнова нѣкоторыя обвиненія, выдвигаемыя обычно противъ жюри, онъ обосновалъ ихъ съ несравненно большею добросовѣстностью, чѣмъ это принято дѣлать въ настоящее время. Ничего равнозначащаго по силѣ аргументаціи и увлекательности изложенія въ новѣйшей литературѣ противъ суда присяжныхъ не появилось. Именно на доводахъ этого автора надо было провѣрить свои взгляды.

Теоретическая сторона работы Гёрреса, подвергающая анализу вопросы о гарантіяхъ максимальной правоты, свободы и воздержанности нашихъ сужденій, представляетъ самостоятельный интересъ. Прикладная, стремившаяся приспособить добытые результаты къ оцѣнкѣ потенцій, заключающихся въ судѣ присяжныхъ, не учла безконечнаго множества другихъ факторовъ и вышла естественно неудачной [2]). Успѣхи экспериментальной психологіи способны, вообще, послужить уго-

---

[1]) Ibid. S. 79.

[2]) Доленсъ подвергаетъ обстоятельному анализу итоги 12-тилѣтней дѣятельности австрійскихъ присяжныхъ въ судебномъ округѣ, гдѣ жюри вербуются почти исключительно изъ крестьянскихъ элементовъ, и приходитъ по многимъ пунктамъ, къ результату, несогласному съ теоретическими построеніями Гёрреса, см. „Zur Grage der psychologischen Grundlagen der Geschworensprüche“ bei Mittermajer und Liepmann, B. I, S. 424—456.

ловному процессу во многихъ отношеніяхъ на пользу. Но исключительнымъ критеріемъ достоинствъ какого-либо правового института выводы ея ни въ коемъ случаѣ не могутъ быть. Безконечныя комбинаціи, въ которыхъ способны между собой сочетаться различныя данныя, вліяющія на реализацію того или иного юридическаго начала, останутся навсегда для насъ тайной. Два состава присяжныхъ совершенно тождественной соціальной и культурной окраски будутъ реагировать на одно и то же дѣло по разному. И даже искушенная въ процессуальныхъ бояхъ судебная коллегія можетъ сегодня поддаться мотивамъ, еще только вчера безусловно ей чуждымъ. Хорошо это или плохо, но душа человѣка не равнобедренный треугольникъ, углы котораго отличаются столь похвальнымъ и счастливымъ постоянствомъ. Безъ апріорныхъ конструкцій въ области созданныхъ людьми институтовъ не обойтись. Методъ точныхъ наукъ примѣнимъ здѣсь только до извѣстной границы и лишь съ очень серьезными оговорками.

Въ частности Герресъ, едва вступивъ на означенный путь, вынужденъ былъ, какъ мы видѣли, тотчасъ же покинуть его. И какъ ни радостно встрѣчена была работа нашего автора въ лагерѣ противниковъ жюри, позаимствоваться для своихъ цѣлей они могли здѣсь только выводами, но никакъ не самой концепціей аргументовъ. Индукція повредила суду присяжныхъ не больше, чѣмъ весь арсеналъ крылатыхъ словечекъ, предназначенныхъ отъ вѣка служить приманкой для тѣхъ, кто не обладаетъ способностью разбираться въ существѣ дѣла.

Но избави насъ Богъ отъ друзей! Значительно больше, чѣмъ враги, принесли суду присяжныхъ вреда сверхъ мѣры усердные защитники. Незнакомые съ исторіей учрежденія, съ характеромъ и ролью отдѣльныхъ его элементовъ, съ мѣстомъ, которое каждый изъ нихъ занимаетъ въ общей системѣ института, слѣпые приверженцы одинаково страстно отстаивали подчасъ и то, что является по существу только случайнымъ аксессуаромъ суда общественной совѣсти, и то, въ чемъ безспорно таится его животворящая сила Такъ какъ напряженность чувства не могла, очевидно, длиться особенно долго. Необходимость реформаторской работы, къ счастью для дѣла, была сознана. И призывъ къ ней встрѣчаетъ за послѣдніе годы среди юристовъ весьма дѣятельный откликъ. Только сказалась, конечно, реакція, и многіе авторы впадаютъ теперь въ обратную крайность. По своей визитной карточкѣ, это убѣжденнѣйшіе сторонники жюри. Но присмотритесь къ предлагаемымъ ими новше-

ствамъ и вы увидите, что отъ суда присяжныхъ ничего собственно не должно быть оставлено, кромѣ развѣ названія.

„Denn alles, was entsteht, ist werth, dass es zu Grunde geht!“ Между существеннымъ и второстепеннымъ сегодняшніе реформаторы точно также не дѣлаютъ различія, какъ и вчерашніе охранители. Достойнымъ перемѣны, признается сейчасъ, кажется, все... Одни почитаютъ за благо сократить число дѣлъ, подлежащихъ компетенціи жюри. Другіе находятъ, напротивъ, что она должна быть значительно расширена. Третьи совершенно устраняютъ присяжныхъ при наличности сознанія подсудимаго... Многіе считаютъ цѣлесообразнымъ ограничить профессіональный судейскій элементъ однимъ предсѣдательствующимъ. Другіе хотятъ сохранить коллегію, но полагаютъ, что президентъ ея долженъ обладать качествами, въ настоящее время абсолютно игнорируемыми. Возникаютъ сомнѣнія и относительно числа членовъ самого жюри. Дальше 12 никто не идетъ. Но многіе предпочли бы видѣть только 10, 8, 7 и даже 6 человѣкъ. Цѣлый рядъ авторовъ критикуетъ систему по которой составляются въ настоящее время общіе списки. Въ порядкѣ избранія скамьи присяжныхъ намѣчено такое крупное новшество, какъ отмѣна права немотивируемаго отвода... Преобразовательные планы не исчерпываются, однако, проблемами организаціонными. Въ области судоустройства предположены столь же серьезныя перемѣны. Хотятъ, чтобы присяжнымъ гарантирована была въ извѣстныхъ границахъ возможность вліять на объемъ и распредѣленіе слѣдственнаго матеріала. Требуютъ отмѣны института постановки вопросовъ. Защищаютъ совсѣмъ уже было заброшенное предсѣдательское résumè. Признаютъ желательнымъ отказаться отъ юридическаго наставленія. Говорятъ, съ другой стороны, о необходимости сообщить ему обязательную силу. Не видятъ никакихъ препятствій къ тому, чтобы присяжныхъ сопровождалъ въ совѣщательную комнату судья. Думаютъ, что подобно коронным юристамъ, должно было бы мотивировать свои приговоры и жюри. Считаютъ допустимымъ пересмотръ судебной коллегіей всякаго вообще обвинительнаго вердикта. Готовы, впрочемъ, предоставить ей это право также in favorem accusationis. Рекомендуютъ, наконецъ, распространить на присяжныхъ и функцію опредѣленія размѣровъ самой кары [1]).

[1]) Это только главнѣйшія изъ предлагаемыхъ въ литературѣ измѣненій. Систематическій обзоръ ея по 1907 г. включительно даетъ въ сборникѣ Миттермайера и Липпмана Кропеккеръ: „Forschläge zur Verbesserung der Schwurgerichte“, S. 321—374.

Весьма значительная часть всѣхъ этихъ предложеній—продуктъ новѣйшаго времени. Нѣкоторыя изъ нихъ свидѣтельствуютъ объ очевидной неспособности авторовъ вдуматься въ основную сущность института присяжныхъ. Другія продиктованы безсознательнымъ стремленіемъ стереть черту, отграничивающую жюри отъ суда шеффеновъ. Но подавляющее большинство пропагандируемыхъ теперь новинокъ—ни что иное, какъ естественная реакція на установившуюся догму. Долгіе годы подрядъ различныя обстоятельства не давали прорваться наружу голосу независимой отъ постороннихъ мотивовъ критики. И вотъ, сбросивъ, наконецъ, оковы, она изрядно-таки за себя отомстила.

Несмотря, однако, на такую окраску настоящей кампаніи, итоги ея должны быть признаны пока что безусловно благопріятными. Пусть общій уровень написаннаго уступаетъ во всѣхъ смыслахъ литературѣ второй половины прошедшаго вѣка [1]), пусть предложенія друзей жюри даютъ подчасъ обильную пищу злорадству противниковъ его, пусть самыя, казалось, элементарныя истины все еще нуждаются въ новыхъ аргументахъ,—здоровому организму такіе удары не страшны. Если въ настоящій моментъ дѣлу и вредитъ несомнѣнно, что защита его далеко теперь не въ столь сильныхъ рукахъ, какъ пятьдесятъ-сорокъ лѣтъ тому назадъ, то ущербъ этотъ, по самому характеру своему преходящій, болѣе чѣмъ окупается рѣшительнымъ сдвигомъ съ мертвой точки, на которой споръ находился въ то время, когда стороны заняты были въ первую голову полемикой по вопросу о самой пригодности института. Признать, не смущаясь вражескимъ натискомъ, что суду присяжныхъ присущи въ его нынѣшнемъ видѣ, на континентѣ особенно, весьма крупные недостатки, значило энергичнѣе еще подчеркнуть свою вѣру въ несокрушимость его исходной идеи. Въ смѣлой постановкѣ нѣкоторыхъ организаціонныхъ вопросовъ и широкой популяризаціи соотвѣтствующихъ предложеній—немалая заслуга литературы послѣдняго десятилѣтія.

Независимость и безпристрастіе, то и другое, конечно, въ доступныхъ человѣку предѣлахъ,—таково наше первое требованіе ко всякой юстиціи. Было бы несправедливо утверждать, что жюри уже a priori имѣетъ въ этомъ смыслѣ извѣстныя преимущества пе-

---

[1]) На одну степень съ работами Глазера, Бара и Гейнце можетъ быть поставленъ только выдающійся трудъ Oetker'a: „Schwur- und Schöffengerichte", 1907.

редъ коронными юристами. Совершенно свободной отъ всѣхъ постороннихъ вліяній не можетъ, очевидно, быть ни та, ни другая сторона. И у каждой изъ нихъ имѣются, несомнѣнно, свои слабые пункты. Если судебная магистратура, подчасъ и сама того не замѣчая, становится жертвой воздѣйствія сверху, то присяжные, въ свою очередь, внимательнѣе порою, чѣмъ этого требуютъ интересы юстиціи, прислушиваются къ голосу публики, не всегда хорошо оріентированной въ этіологіи и сущности дѣла. Правосудію должны быть присущи извѣстныя неотъемлемыя черты. Но въ химически чистомъ видѣ мы ихъ нигдѣ не находимъ. Въ мундирѣ или безъ него, служители Ѳемиды на землѣ раздѣляютъ общую участь рода людского—они не безгрѣшны.

Рѣчь идетъ, стало быть, лишь о степени и предѣлахъ свободы отъ извѣстныхъ неизбѣжныхъ дефектовъ. А здѣсь играютъ опять-таки роль чрезвычайно разнообразные факторы, прежде всего, разумѣется, само положительное право. И надо открыто признать, что по крайней мѣрѣ формально, для магистратуры сдѣлано въ этомъ смыслѣ никакъ не меньше, чѣмъ для жюри. Независимость, гарантированная несмѣняемостью,—общепризнанное начало въ современномъ уголовномъ процессѣ. Снабженный всѣмъ авторитетомъ охранителя существующихъ законовъ, недосягаемый для правительственной власти, судья являетъ собою въ идеѣ образецъ максимальной самостоятельности. Повернуться спиной къ истинѣ неспособны заставить его, очевидно, никакіе сторонніе мотивы.

Во имя независимости уголовной юстиціи совсѣмъ, такимъ образомъ, незачѣмъ было бы обращаться къ нашему институту. Многіе не осмысливаютъ этого только въ силу старой привычки подходить къ оцѣнкѣ уголовно-правовыхъ заданій съ чисто-политическимъ критеріемъ. Но пріемъ этотъ, исказивъ перспективу вопроса, принесъ суду присяжныхъ въ процессѣ историческаго развитія едва ли не одинъ только вредъ. И въ интересахъ самого института слѣдовало бы, разъ навсегда, отвести этому случайному моменту приличествующее ему скромное мѣсто.

Далеко не въ такой мѣрѣ можно разсчитывать, очевидно, на объективизмъ судебной магистратуры. Коронные юристы, по общему правилу, выходцы изъ привиллегированныхъ круговъ. Подавляющее большинство подсудимыхъ принадлежитъ, какъ извѣстно, напротивъ, къ средѣ обездоленныхъ. Чтобы заполнить раскрывающуюся здѣсь психологическую пропасть, недостаточно одного только желанія быть безпристрастнымъ. Въ этомъ несомнѣнно первород-

ный грѣхъ всякаго замкнутаго судилища. И отсюда же ясно, что представляетъ по существу особую цѣнность въ присяжныхъ.

Сто лѣтъ тому назадъ Фейербахъ, со свойственной ему одному только силою, подчеркнулъ, что вопросъ о соціальномъ составѣ жюри образуетъ коренную проблему всего института. Въ Германіи еще въ то время не было суда присяжныхъ. А боровшаяся за него буржуазія менѣе всего могла опасаться, что ее въ данномъ случаѣ обойдутъ. Позднѣе моментъ этотъ много разъ, по различнымъ поводамъ, обсуждался. Но еще и сейчасъ ему не отводится въ литературѣ та доля вниманія, на которую онъ, по праву, давно претендуетъ. Незачѣмъ въ прятки играть,—въ виду отсутствія юридической дисциплины, присяжные односторонняго состава могутъ сказаться на практикѣ безконечно болѣе лицепріятными и безпощадными судьями, чѣмъ самые заплѣсневѣвшіе законовѣды. И мы знаемъ дѣйствительно, что вердикты жюри подавали за послѣдніе годы въ различныхъ странахъ не мало поводовъ къ горячимъ жалобамъ на классовый характеръ современной юстиціи.

Конечно, деликты, образующіе, такъ сказать, фундаментъ всякаго уголовнаго кодекса, равно болѣзненно отражаются въ психикѣ различнѣйшихъ слоевъ общества. Убійца, насильникъ и воръ, какого бы они происхожденія ни были, опасны для всякаго, кто дорожитъ своей жизнью, здоровьемъ и честью, или обладаетъ самымъ хотя бы только ничтожнымъ имуществомъ. Но конкретная обстановка, въ которой совершались каждое отдѣльное преступленіе, встрѣчаетъ далеко не одинаковую оцѣнку со стороны рантье, чиновника, купца, интеллигента, крестьянина, ремесленника, фабричнаго рабочаго. Больше того, взглядами, укоренившимися въ опредѣленной соціальной средѣ, детерминируется нерѣдко и общая тенденція къ снисходительности или строгости. На учетѣ этого фактора основано одно изъ опаснѣйшихъ злоупотребленій, усердно практикуемыхъ съ давняго времени на судѣ съ участіемъ жюри сторонами. И здѣсь же коренится источникъ грубой фальсификаціи списковъ, къ которой прибѣгаютъ повсюду агенты администраціи, получившіе ордеръ подготовить почву для возможно большаго числа обвинительныхъ приговоровъ [1]).

Преобладающимъ въ основѣ присяжныхъ элементомъ несо-

[1]) Какъ широко и глубоко можетъ быть использовано здѣсь правительственное усмотрѣніе, объ этомъ свидѣтельствуетъ такой авторитетный писатель и судебный дѣятель, какъ Hye Gluneck: Sieben Vorträge ueber das Schwurgericht, Wien, 1864, S. 145.

мнѣнно является въ большинствѣ европейскихъ государствъ средняя буржуазія. Неимущіе круги привлекаются къ дѣлу въ пропорціи, остающейся далеко позади ихъ численной массы, а въ отдѣльныхъ странахъ, какъ Германіи, напримѣръ, фактически и совершенно почти не вносятся въ списки. Обычный нѣмецкій порядокъ такимъ образомъ, сводится къ тому, что представители классовъ, экономически и политически рѣзко враждебныхъ, регулярно противостоятъ одинъ другому, въ качествѣ судей и обвиняемыхъ. При такихъ условіяхъ, нельзя, конечно, удивляться нѣкоторымъ грубымъ погрѣшностямъ въ дѣятельности жюри. И скажемъ прямо, если бы господствующая система вербовки присяжныхъ не поддавалась вообще измѣненію, слѣдовало бы въ наши дни, не колеблясь, переломить надъ этой формой суда врученную ей нѣкогда довѣріемъ народнымъ шпагу.

Въ дѣйствительности, однако, предъ нами дефектъ чрезвычайно легко устранимый. Источникомъ его служитъ большею частью даже не положительное право, а только установившаяся практика. И послѣдняя, въ свою очередь, покоится не на какихъ-либо принципіальныхъ соображеніяхъ, а на мотивахъ чисто экономическихъ. Въ идеѣ, за пролетаріатомъ всѣхъ ранговъ, исключая прислуги, уже давно признана способность нести, наравнѣ съ другими кругами общества, уголовно судейскія обязанности. Но присяжные не получаютъ за свой трудъ никакого матеріальнаго эквивалента. И лица, для которыхъ вытекающія отсюда издержки не по силамъ, освобождаются отъ этой гражданской повинности [1]). Составители же списковъ сами принимаютъ на себя иниціативу разрѣшенія вопроса, попросту обходя тѣхъ, кто живетъ исключительно трудомъ своихъ рукъ [2]).

Непримиримость такого критерія со всѣмъ укладомъ современнаго общественнаго быта бросается слишкомъ рѣзко въ глаза для того, чтобы можно было ее совершенно игнорировать. И въ германскихъ государствахъ, гдѣ печальныя послѣдствія изображеннаго порядка сказались съ особою очевидностью, предприняты были дѣйствительно за послѣдніе годы попытки, хотя бы немного лишь,

---

[1]) Gerichtsverfassungsgesetz vom 27 Januar 1877, § 35 Ziff. 6.

2) Крайне ненормальнымъ и опаснымъ долженъ быть также признанъ съ другой стороны и порядокъ, при которомъ лишенные средствъ присяжные, какъ это нерѣдко прежде имѣло мѣсто въ Австріи, нанимались во время сессіи на поденныя работы, чтобы покрыть, такимъ образомъ, расходы по своему пропитанію. См. Гюэ-Глунеккъ, Ibid., § 224.

сгладить его наиболѣе острыя оконечности. Особое вниманіе на себя, въ этомъ смыслѣ, обратили циркуляры саксонскаго и баварскаго министровъ юстиціи.

„Духу судебныхъ уставовъ,—читаемъ мы въ первомъ,—не отвѣчаетъ, чтобы широкіе слои населенія, какъ содержатели мелкихъ мастерскихъ, ремесленники, рабочіе, совершенно или совсѣмъ почти удаляемы были отъ почетной службы присяжнаго или шеффена. Едва ли приходится еще особо говорить о томъ, что и въ этихъ кругахъ имѣются лица, по своему уму, независимости и нравственной устойчивости, вполнѣ удовлетворяющія требованіямъ, которыя предъявляются къ носителю этой обязанности, и отъ того, что они привлечены будутъ къ ней, авторитетъ правосудія въ глазахъ массъ только выиграетъ... Обращая на это вниманіе мѣстъ, распоряжающихся выборомъ шеффеновъ и присяжныхъ... вѣдомство считаетъ въ то же время необходимымъ указать, что низшія сословія должны быть впредь пріобщаемы къ дѣлу въ большей мѣрѣ, чѣмъ это до сихъ поръ практиковалось“... [1]). Значительно опредѣленнѣе гласятъ директивы баварскаго министра. Подлежащимъ органамъ напоминается, что способность нести обязанности присяжнаго совсѣмъ не зависитъ отъ степени имущественной обезпеченности или опредѣленнаго образовательнаго ценза. Слѣдуетъ, напротивъ, позаботиться о томъ, чтобы намѣчены были, прежде всего, лица, наиболѣе пригодныя для роли судей по такимъ личнымъ качествамъ, какъ духовная одаренность, здравый смыслъ, моральное достоинство, самостоятельность взглядовъ. Не призывать же кого-либо къ исполненію этой обязанности, лишь въ виду его принадлежности къ извѣстному классу или опредѣленной политической партіи, значило бы итти явно наперекоръ закону [2]).

Подчеркнувъ слабыя стороны установившагося порядка, циркуляры эти принесли дѣлу безспорную пользу. Но не такими, разумѣется, средствами можетъ быть удовлетворительно разрѣшенъ подобный вопросъ. Даже при полной добросовѣстности исполнительныхъ органовъ остается здѣсь слишкомъ широкое поприще для

---

[1]) Kön. Sächsische Ministerilaverordnung vom 7 Okt. 1905. Zit. nach Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906. S. 742.

[2]) Передаю общее содержаніе циркуляра, какъ оно изложено было въ Zeitschrift f. d. ges. Str. Wiss., B. XXV, S. 585. Слѣдуетъ еще упомянуть, что циркуляръ этотъ шелъ навстрѣчу пожеланію, выраженному баварскимъ ландтагомъ.

безконтрольнаго, личнаго усмотрѣнія. Растяжимые, субъективные признаки должны уступить мѣсто прочной и ясной для всѣхъ нормѣ. Слово принадлежитъ въ такихъ случаяхъ не административной, а законодательной власти.

Обязанность присяжнаго почетная. Ее повинны нести всѣ, пользующіеся уваженіемъ окружающихъ, полноправные граждане. Такъ каждому должна быть обезпечена фактическая возможность съ надлежащимъ спокойствіемъ исполнить свой долгъ. Государственные интересы требуютъ, чтобы фискъ пошелъ въ этихъ видахъ на извѣстныя жертвы. Только такимъ путемъ можетъ быть вообще надежно урегулирована проблема демократизаціи жюри.

Германскій проектъ 1908 г. признаетъ за присяжными п р а в о н а д і э т ы. И это едва ли не самая крупная заслуга его. Предъ нами, конечно, еще не безусловная гарантія отвѣчающей нормальному порядку системы составленія списковъ. Но базисъ для нея, во всякомъ случаѣ, созданъ. Съ отпаденіемъ формальнаго препятствія, въ видѣ имущественной необезпеченности массъ, односторонній составъ присяжныхъ ничѣмъ больше не можетъ быть оправданъ. Тенденція слишкомъ бы ясно и грубо выступала наружу. Въ условіяхъ современнаго политическаго строя, ревнители интересовъ демократіи могутъ успѣшно бороться съ попытками такого обхода численно наиболѣе могущественныхъ слоевъ населенія.

Скамья присяжныхъ должна представлять собой націю въ миніатюрѣ. Дальше всѣхъ въ настоящее время идетъ въ указанномъ направленіи неустрашимая на всѣхъ поприщахъ культурнаго прогресса Норвегія,—единственное государство, гдѣ членами жюри могутъ быть женщины. И пока что, маленькая страна, родина многихъ великихъ людей, не имѣетъ также на этотъ разъ основаній раскаиваться въ своей отвагѣ. Судя по всѣмъ признакамъ, уголовная юстиція обогатилась здѣсь, напротивъ, специфически пригодной для оріентировки въ цѣломъ рядѣ дѣлъ духовной силой.

„Прошло только нѣсколько лѣтъ,—пишетъ извѣстный знатокъ норвежскаго процесса, прокуроръ Олафъ Заломонсенъ,—какъ женщины стали допускаться въ присяжные, и въ деревняхъ еще до сихъ поръ не въ обычаѣ избирать ихъ въ сколько-нибудь значительномъ числѣ. Въ крупныхъ центрахъ дѣло обстоитъ иначе, и, напр., въ Христіаніи не обходится безъ женщинъ ни одно почти судебное разбирательство. Въ большинствѣ онѣ до сихъ поръ еще не бывали. Но 3—4 женщины на скамьѣ присяжныхъ не рѣдкость.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ на долю женщинъ доставалась также обязанность старшины. Согласно накопившемуся до сихъ поръ опыту, участіе ихъ въ процессѣ влечетъ за собою одни только благопріятныя послѣдствія. Прежде бывало временами совершенно немыслимо добиться обвинительнаго вердикта по дѣлу объ убійствѣ матерью своего новорожденнаго младенца. Если подсудимая оправдывалась по готовому шаблону тѣмъ, что она потеряла при родахъ сознаніе, и, прійдя затѣмъ въ себя, нашла ребенка уже мертвымъ, то присяжные никогда почти не рѣшались отвергнуть эту возможность, даже если эксперты-врачи признавали ее весьма мало вѣроятной... Послѣ того, какъ въ число членовъ жюри стали попадать женщины, наступилъ, повидимому, въ этомъ смыслѣ поворотъ. Но и въ другихъ случаяхъ, гдѣ типически женское начало роли не играетъ, онѣ показали себя вполнѣ на высотѣ задачи“ [1]).

Купецъ, художникъ, офицеръ, рабочій, ученый, ремесленникъ, врачъ, инженеръ — всѣ профессіи и оба пола фигурируютъ на скамьѣ присяжныхъ въ Норвегіи. Можно ли сомнѣваться въ томъ, что раньше или позже пойдутъ по этому пути и другія культурныя государства? Съ каждымъ годомъ сложнѣе становятся задачи уголовной юстиціи. И внѣшнія условія, и прогрессирующее самосознаніе, ежечасно напоминаютъ о возможности грубыхъ ошибокъ, побуждая къ величайшей доступной намъ осторожности. Является настоятельная потребность распредѣлить тяготы этого долга между возможно большимъ числомъ членовъ соціальнаго организма. Всѣ оттѣнки свойственныхъ различнымъ классамъ общества воззрѣній, все разнообразіе накопившагося опыта, всѣ изгибы психики, все богатство національнаго ума и сердца,—на службу столь отвѣтственному предъ совѣстью и родиною дѣлу не должны ли быть воистину призваны всѣ духовныя силы страны? И не при этомъ ли только условіи можно дѣйствительно говорить о голосѣ совѣсти народной!?

Когда присяжные станутъ вербоваться изъ всѣхъ слоевъ общества, тогда исчезнутъ, по всѣмъ вѣроятіямъ, сторонники пережитка, справедливо вызывающаго на себя въ настоящее время крайне суровыя нареканія. Право немотивированнаго отвода чисто механически перенесено было на континентъ изъ Великобританіи и, пройдя сквозь призму романскихъ судебныхъ

[1]) „Das Norwegische Schwurgericht“ въ сборникѣ „Schwurgerichte und Schöffengerichte“, Band I, S. 714.

и политическихъ нравовъ, приняло во всей Европѣ совершенно чуждый своему прототипу характеръ. Въ эпоху нѣмецкой рецепціи, вопросъ о сущности института, его происхожденіи и мѣстѣ въ системѣ англійскаго судопроизводства, собственно достаточно былъ уже выясненъ Гнейстомъ и впослѣдствіи особенно Бруннеромъ въ его „Entstehung des Schwurgerichts“ (1872). Но плохая копія пользовалась все-таки безконечно большей извѣстностью, чѣмъ оригиналъ. И вслѣдъ за партикулярными уставами восприняло цѣликомъ французскіе образцы и общеимперское законодательство. Когда же эта система стала приносить крайне отрицательные результаты, враги жюри поспѣшили обрушиться на самыя основы его, какъ неизбѣжно будто бы влекущія за собою это право немотивированнаго отвода.

Въ дѣйствительности, однако, предъ нами не какой-либо органическій атрибутъ, а чисто-случайный придатокъ судопроизводства съ присяжными. Именно на родинѣ жюри, право немотивированнаго отвода находится въ процессѣ постепеннаго умиранія. Являясь, согласно своему генезису, привилегіей обвиняемаго и будучи сейчасъ допустимо вообще лишь по дѣламъ о наиболѣе тяжелыхъ преступленіяхъ, оно на практикѣ совершенно почти нынче въ Англіи не встрѣчается.

Французы, а вслѣдъ за ними и вся Европа, проглядѣли, что эта форма отвода—только остатокъ стараго права ссылаться въ доказательство своей невиновности на достовѣрныхъ людей, совѣсти которыхъ и ввѣрялась послѣ того судьба заподозрѣннаго. Въ извѣстныхъ границахъ подсудимый самъ, такимъ образомъ, выбиралъ себѣ нѣкогда присяжныхъ. Съ развитіемъ государственной и общественной жизни, порядокъ этотъ сталъ, разумѣется, исчезать. И уже къ концу 13-го вѣка отъ него сохранилась одна только оболочка. По своему обыкновенію, англичане крѣпко за нее держатся. Обвиняемому и сейчасъ еще предлагается вопросъ, кого онъ желаетъ имѣть своими судьями. „Бога и мою страну!“ гласитъ отвѣтъ. Но если какой-нибудь упорный человѣкъ заартачится и не пожелаетъ произнести освященную столѣтіями формулу, то жюри все равно, разумѣется, тотчасъ же вступаетъ въ свои права. И только еще въ упомянутыхъ случаяхъ обвиняемому предоставляется отводить извѣстное число присяжныхъ.

Перенесенное на континентъ, право это немедленно превратилось въ средство соперничества между сторонами и попытокъ отклонить, такъ или иначе, отъ нормальнаго пути ходъ правосу-

дія. Началась спекуляція на особенности психологіи отдѣльныхъ общественныхъ классовъ и группъ—замкнутость дворянской среды, мягкость горожанъ, пуризмъ сельскихъ жителей, крайнюю чувствительность буржуазіи къ посягательствамъ на имущественныя блага, оправдательныя тенденціи образованныхъ круговъ. Капризныя впечатлѣнія и поверхностныя гипотезы каждаго отдѣльнаго лица должны и могутъ здѣсь играть опредѣленную роль, угрожая привести въ конечномъ результатѣ къ тому, что изъ списка исчезнутъ наиболѣе пригодные для оріентировки въ извѣстномъ вопросѣ элементы. Въ частности, нѣмецкая практика въ изобиліи отмѣчена всѣми перечисленными черточками [1]). И, какъ я уже говорилъ, враги жюри широчайшимъ образомъ сумѣли использовать это обстоятельство въ своихъ видахъ [2]). Сторонники суда присяжныхъ, напротивъ, долго почему-то давали себя здѣсь мистифицировать, пока сущность этого полемическаго пріема не была, наконецъ, въ полной мѣрѣ разоблачена [3]). Нѣтъ ничего легче, чѣмъ произвести въ данномъ случаѣ ампутацію. Надо только избавиться отъ мистическаго преклоненія передъ готовыми шаблонами и унаслѣдованными привычками. Право немотивированнаго отвода будетъ отмѣнено.

Но присяжные творятъ судъ не одни. Дѣятельность ихъ тѣсно переплетается съ работой профессіональныхъ юристовъ. И отъ рамокъ, въ которыя послѣдняя поставлена, отъ формъ и характера, что на практикѣ она принимаетъ, зависитъ, въ значительной мѣрѣ, результатъ обоюдныхъ усилій.

Первое, въ чемъ нуждаются всюду присяжные, это атмосфера спокойнаго, безпристрастнаго изслѣдованія. Нервничающій, набрасывающійся на подсудимаго, ловящій его на противорѣчіяхъ, предсѣдатель неизбѣжно долженъ въ свою очередь сбить и жюри. Не то, что бы оно безпрекословно слѣдовало за судомъ. Напротивъ. Односторонне проведенное разбирательство влечетъ за собой нерѣдко діаметрально-противоположный эффектъ. Источникъ

---

[1]) См. Lilienthal, Zeitschrift XXIX, S. 572, Kahl и Kronecker, въ сборникѣ „Schwurgerichte und Schöffengerichte“, B. I., S. 11—12 и 333—334.

[2]) См. особ.: Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, B. I. S. 392—393.

[3]) Съ исключительной энергіей и ясностью Липпманъ въ его „Сборникѣ“, 1910, стр. 198—200.

многихъ оправдательныхъ вердиктовъ таится именно въ этой естественной реакціи на прокурорскіе экскурсы предсѣдателя. Авторитетъ суда падаетъ. И присяжные остаются de facto безъ всякаго вообще юридическаго руководства.

Въ Германіи предсѣдатель чинитъ допросъ подсудимому, направленный прямо на его изобличеніе. И установившаяся практика выработала при этомъ формы, безусловно непримиримыя съ задачами и функціями охранителя законовъ и справедливости. Обороты, какъ: „неужели вы разсчитывали, что судъ повѣритъ этой глупой выдумкѣ?“ стали настолько обычными, что защита давно уже не видитъ больше въ нихъ матеріала для кассаціонныхъ цѣлей. За рѣдкими исключеніями, нѣмецкій предсѣдатель, съ мѣста въ карьеръ, вступаетъ въ борьбу съ подсудимымъ, заранѣе трактуя его какъ виновнаго. И незачѣмъ говорить, какъ это вредно отзывается не только на интересахъ раскрытія истины, но еще больше на состояніи духа присяжныхъ. Тамъ, гдѣ должно царить спокойствіе, водворяется господство азарта. Одна часть жюри слѣпо подчиняется предсѣдателю, другая, столь же слѣпо, идетъ ему во всемъ наперекоръ. Особенности личнаго состава присяжныхъ неизбѣжно играютъ, при такихъ условіяхъ, опредѣляющую роль. Но отвѣтственность за случайности меньше всего, очевидно, можетъ быть возлагаема здѣсь на принципъ самого института.

Уголовная юстиція—область, гдѣ отъ нравовъ все зависитъ порою не меньше, чѣмъ отъ законовъ. Въ Норвегіи предсѣдатель произноситъ resumè и наставленіе, допрашиваетъ обвиняемаго и руководитъ вообще слѣдствіемъ на тѣхъ же, приблизительно, началахъ, что и въ Германіи. Однако, судебный персоналъ тамъ и здѣсь совершенно иной, и результаты тоже въ обѣихъ странахъ глубоко различные... Инквизиціонная закваска все еще очень сильна въ нѣмецкихъ юристахъ. И средствомъ борьбы съ нею можетъ явиться только реформа положительнаго права. Дѣйствующій законъ совсѣмъ не обязываетъ судью принимать на себя функціи оберъ-прокурора. Но разъ уже подобныя замашки стали почему-либо обычными, необходимо противопоставить имъ матеріальную преграду. Надо, вообще говоря, изгнать изъ судебной процедуры все, что соблазняетъ руководителей ея промѣнивать свое высокое положеніе на роль стороны. Наиболѣе могущественной противъ этого гарантіей является послѣдовательно проведенное состязательное начало. Прокурору и защитнику трудно добиваться объективной истины. Забота объ ея торжествѣ лежитъ, въ

первую голову, на обязанности руководящаго судебнымъ засѣданіемъ кореннаго юриста. Но выполнить успѣшно эту функцію онъ можетъ, по общему правилу, не иначе, какъ поставленный по ту сторону злобы конкретнаго процесса. Въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ все чаще и громче раздаются голоса, настаивающіе на томъ, чтобы предсѣдатель совершенно устраненъ былъ отъ допроса обвиняемаго [1]). И это, пожалуй, въ самомъ дѣлѣ лучшее начало ликвидаціи господствующаго ненормальнаго порядка.

Однако, есть еще здѣсь и другая сторона. Опытъ показываетъ, что жюри успѣшнѣе всего дѣйствуетъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ, какъ въ Англіи, Америкѣ, Норвегіи, офиціальные служители юстиціи пользуются особенно высокимъ престижемъ. Авторитетъ же этотъ, очень недостаточный въ Германіи, есть, въ свою очередь, и производная судейской независимости и ея могущественный факторъ. Нигдѣ съ такою силой, какъ въ нѣмецкихъ государствахъ, не раздаются за послѣднее время жалобы на то, что, лишенные юридической дисциплины присяжные склонны въ нѣкоторыхъ случаяхъ выносить обвинительные вердикты и при отсутствіи достаточно вѣскихъ доказательствъ. Но подходишь къ дѣлу поближе и смотришь—отвѣтственность за этотъ результатъ должна быть возложена всецѣло на руководящихъ слѣдствіемъ и, увы, прислушивающихся къ голосу извнѣ законовѣдовъ.

Особенно часто создается такая ситуація тамъ, гдѣ стороною, заинтересованной въ опредѣленномъ направленіи дѣла, являются видные органы исполнительной власти и судья недостаточно внутренне свободенъ для того, чтобы совершенно игнорировать это обстоятельство. Классическимъ примѣромъ подобныхъ дѣлъ въ Германіи служили многочисленные, до недавняго времени, процессы о лжеприсягѣ и нарушеніи гражданскаго мира, возникающіе обычно на почвѣ какого-нибудь затяжного конфликта между представителями опредѣленной политической группы и чинами администраціи. Жюри произносило свое: „да, виновны“. И первымъ откликомъ на такіе, оскорбляющіе чувство справедливости вердикты, являлись ярые выпады противъ присяжныхъ. У всѣхъ еще въ памяти взрывъ негодованія, вызванный исходомъ магдебургскаго, гюстровскаго и,

---

[1]) См. особенно Kleinfeller, Die Stellung des Schwurgerichtsvorsitzenden въ сборникѣ: „Schwurgerichte und Schöffengerichte“, B. I., S. 190, 192.

въ особенности, эссенскаго процессовъ [1]). Это былъ дѣйствительно моментъ, когда изъ нѣдръ самого общества раздались осуждающіе нашъ институтъ голоса. Но страсти улегались. Становились извѣстными подробности разбирательства. И предъ лицомъ серьезной критики присяжные оказывались, въ худшемъ случаѣ, физическими исполнителями исходившаго отъ коронныхъ юристовъ подстрекательства.

Что же дѣлать? Разумѣется, прежде всего, смотрѣть въ оба. Идея судейской независимости, какъ это еще разъ наглядно подтвердили процессы о безпорядкахъ въ Моабитѣ, двинулась за послѣдніе годы крупнымъ шагомъ впередъ. Для тѣхъ, кто слѣдилъ за нѣмецкою жизнью, не можетъ быть спора: поворотъ этотъ обусловленъ, въ первую голову, неустанною бдительностью парламентскаго надзора.

Но вниманіе законодательныхъ палатъ не можетъ быть всегда одинаково напряженнымъ. Необходимы, стало быть, болѣе дѣйствительныя *объективныя* гарантіи. Правда, служители юстиціи уже и сейчасъ поставлены повсюду въ несравненно лучшія условія, чѣмъ чины администраціи. Въ частности, нѣмецкій судья „подчиненъ одному лишь закону". Его должность пожизненная. Онъ не можетъ быть произвольно смѣщенъ или переведенъ на другое мѣсто. На бумагѣ, дѣйствительно, получается полная независимость... Однако, жизнь сильнѣе писанныхъ правилъ. Опытъ давно уже обнаружилъ недостаточность существующихъ поруковъ. Въ порядкѣ служебной инспекціи давленіе судей остается попрежнему возможнымъ. И границы ея должны быть, поэтому, обозначены болѣе точно. Гдѣ кончается право надзора? Казалось бы ясно, что тамъ во всякомъ случаѣ, гдѣ дѣло касается матеріальной стороны правосудія. Наблюдательная инстанція можетъ и должна заботиться о томъ, чтобы ходъ судебной машины не останавливался, чтобы отдѣльныя производства не залеживались, чтобы административная сторона всей процедуры отвѣчала опредѣленному распорядку. Но, *если подвергнуть контролю содержаніе вердиктовъ, то задѣтымъ окажется уже самый нервъ независимости*... Увы, не смотря на свой аксіомный, повидимому, характеръ, тезисъ этотъ еще, и по сей день, далеко не безспоренъ. Цѣлый рядъ выдающихся нѣмецкихъ практиковъ

---

1) Процессъ эссенскихъ „клятвопреступниковъ" недавно пересматривался и окончился оправданіемъ всѣхъ подсудимыхъ.

придерживается того взгляда, что „органы служебнаго надзора могутъ наставлять и предостерегать судью также и по поводу самаго существа выносимыхъ имъ рѣшеній“ [1]). Фактически подобные „уроки“ давно уже вошли здѣсь въ обычай. Притянутый къ отвѣту саксонскій министръ юстиціи вынужденъ былъ какъ-то публично признать это относительно своего вѣдомства. Безъ всякаго чувства неловкости, надо замѣтить. Напротивъ! Устами одного изъ своихъ директоровъ министръ оставлялъ за собою право и впредь подучать неразумныхъ. Но Саксонія не стоитъ, разумѣется, особнякомъ. И только опять-таки бдительность имперскаго и мѣстнаго парламентовъ ограждаетъ въ настоящее время нѣмецкую юстицію отъ эксцессовъ дисциплинарнаго усердія въ указанномъ направленіи.

Формы зависимости короннаго судьи весьма разнообразны. Однимъ только принципомъ несмѣняемости вопросъ не рѣшается. Въ запасѣ, уже помимо всего прочаго, такое могучее средство воздѣйствія, какъ знаки отличія, быстрота хода по службѣ. Но, чтобы пользоваться въ глазахъ жюри авторитетомъ, судья, прежде всего, долженъ не быть искателемъ и чиновникомъ. И юридическая мысль уже нащупываетъ сейчасъ пути къ реализаціи этого давно осознаннаго постулата. „Судьею не можетъ быть назначаемо лицо, больше пяти лѣтъ находившееся на административной службѣ или исполнявшее обязанности прокурора. Судьямъ запрещается принимать ордена и титулы!“ Достаточно на первое время, что такія предложенія разсматриваются и обсуждаются парламентомъ. Въ рейхстагѣ еще пока нѣтъ для нихъ большинства. Да и найдись оно, встрѣтились бы непреодолимыя препятствія со стороны германскаго союзнаго совѣта. Но зерно брошено. Движеніе началось. И уже самый фактъ постановки подобнаго вопроса окажетъ громадное вліяніе на царящіе въ области уголовной юстиціи порядки и нравы.

Рѣчь идетъ объ основныхъ предпосылкахъ и необходимыхъ условіяхъ раціональной дѣятельности института присяжныхъ. Но мы видимъ, что въ орбиту этого зданія втягиваются одинъ за другимъ болѣе широкія организаціонныя проблемы. То, въ чемъ полемическія недобросовѣстность и близорукость склонны были усматривать спеціальные дефекты жюри, должно быть въ значительной

[1]) Особенно настойчиво проводитъ эту точку зрѣнія президентъ окружнаго суда Краффтъ, см. E. Mumm, Richterliche Unabhängigkeit, Juristische Rundschau, 31 August 1911.

мѣрѣ отнесено на счетъ неустройства общей системы. И если къ оздоровленію ея теперь прилагаются столь энергическія усилія, то это опять-таки благопріятно, въ первую голову, отразится именно на судопроизводствѣ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей.

Вопросъ вышелъ уже, къ счастью, изъ той стадіи, когда одни говорили: все плохо, а другіе: нѣтъ, все хорошо. Друзья института сами громко сейчасъ говорятъ объ его недостаткахъ. И это означаетъ уже безусловно сдвигъ, на долю котораго выпадетъ въ будущихъ судьбахъ жюри весьма крупная роль. Жизнеспособнымъ учрежденіямъ критика всегда служитъ только на пользу.

Попытка суммарной расправы съ институтомъ присяжныхъ лишь укрѣпила, во всякомъ случаѣ, позиціи этой формы суда. Онъ сосчитался успѣшно съ яростной атакой шовинистовъ; не отступилъ передъ доктриной, ограничивающей задачу уголовной юстиціи чисто-юридическимъ анализомъ готовыхъ фактовъ; одержалъ верхъ надъ исходящей изъ діаметрально-противоположныхъ предпосылокъ антропологическою школою; отразилъ и серію аргументовъ, выдвинутыхъ изъ лагеря представителей „экспериментальнаго метода“.

Задача уголовнаго правосудія далеко, конечно, не исчерпывается рѣшеніемъ вопроса о соотвѣтствіи извѣстнаго конкретнаго случая описаннымъ въ законѣ постояннымъ признакамъ. Моментъ индивидуализаціи доминируетъ, напротивъ, обычно здѣсь надъ всѣмъ остальнымъ. А это самая, какъ извѣстно, слабая сторона закостенѣвшихъ въ своемъ дѣлѣ профессіональныхъ юристовъ. Опытъ показываетъ, что судьи очень лишь рѣдко исчерпываютъ широту предоставленныхъ имъ полномочій для того, чтобы отдать должное особенностямъ каждаго отдѣльнаго случая. Точно также, какъ оріентировка въ чисто правовомъ вопросѣ требуетъ прежде всего навыка и знаній, такъ здѣсь выступаютъ на первое мѣсто свѣжесть чувства, отсутствіе шаблонныхъ критеріевъ, незаслоненная статьями и параграфами близость къ жизни. Самыя тяжелыя преступленія изображены были уже въ десяти заповѣдяхъ. И уголовные кодексы меньше всего по сей день для народа—книга за семью печатями. „Тонкій юристъ“ безусловно въ нѣкоторыхъ случаяхъ дальше отъ естественной оцѣнки событій, чѣмъ средній присяжный. А у жюри имѣется еще къ тому же, при всѣхъ условіяхъ, одно несомнѣнное преимущество предъ коронным законовѣдомъ. Эткеръ очень мѣтко подчеркиваетъ, что никто не можетъ вполнѣ объективно смотрѣть на результаты своей собственной работы. Но только на судѣ присяжныхъ приговоръ выносится

людьми, не принимавшими никакого участія въ самомъ дѣлопроизводствѣ.

Фактъ тотъ, что почти также, какъ не было случая, когда бы страна, пріобщившаяся къ представительному строю добровольно затѣмъ отъ него отказалась, такъ неизвѣстны и примѣры, когда бы народъ, принимавшій нѣкоторое время участіе въ отправленіи уголовнаго правосудія, пожелалъ перенести снова всецѣло эту повинность на профессіональныхъ юристовъ. Бывали моменты охлажденія, суровой и придирчивой критики, порою прямого недовольства. И общій курсъ судопроизводства съ присяжными, и, въ особенности отдѣльные вердикты становились предметомъ жестокихъ нападокъ. Казалось, вотъ-вотъ будетъ перейдена грань. Но кульминаціонный пунктъ протеста являлся въ то же время и моментомъ поворотнымъ. Найдя выходъ, чувство съ любовью обращалось снова къ дѣтищу эпохи, что дала нѣмецкому народу его нынѣшній соціальный и политическій строй. Именно въ опаснѣйшія для суда присяжныхъ минуты, общество здоровымъ инстинктомъ всегда постигало, что рѣчь идетъ объ охранѣ конституціонныхъ элементовъ уголовной юстиціи и крѣпко становилось на защиту доставшагося дорогою цѣною завоеванія.

Докладчику былъ сдѣланъ цѣлый рядъ возраженій.

В. Н. Новиковъ не соглашается съ тѣмъ, что походъ противъ суда присяжныхъ диктуется всего болѣе мотивами психологическаго характера. Исторія реформы началась съ того, что комиссія выступила съ предложеніемъ уничтожить судъ присяжныхъ, одновременно вмѣстѣ съ тѣмъ расширивъ рамки народнаго участія въ отправленіи уголовнаго правосудія. Рейхстагъ требуетъ введенія шеффеновъ въ апелляціонной инстанціи. На это не соглашается правительство, и предпринятая реформа теперь наканунѣ крушенія. Буря, поднявшаяся вокругъ реформы, имѣетъ и хорошую сторону. Очень значительно по своему смыслу то, что и ученое и общественное мнѣніе высказались, хотя и противъ присяжныхъ, но за расширеніе участія народнаго элемента въ судѣ. Докладчикъ неправъ, придавая большое значеніе книгѣ о психологическихъ основахъ суда присяжныхъ, лѣтъ семь назадъ написанной адвокатомъ Герресомъ. Герресъ—отнюдь не самый талантливый и, въ особенности, не самый глубокій

изъ критиковъ суда присяжныхъ. Для поставленной себѣ Герресомъ задачи изученія психологіи присяжныхъ требуется огромный матеріалъ, котораго совсѣмъ не было въ распоряженіи Герреса, но который былъ, напр., у А. М. Бобрищева-Пушкина. Герресъ подвергаетъ своему анализу только рядъ отдѣльныхъ случаевъ. Отсюда—и рядъ допущенныхъ имъ легкомысленныхъ выводовъ. Герресъ поддерживаетъ, напр., тотъ предразсудокъ, что рѣчь въ преніяхъ есть гипнозъ болѣе талантливой стороны; при этомъ имъ упускается изъ виду, что коронные судьи рѣчей не слушаютъ. Вопросъ о совѣщаніи присяжныхъ Герресомъ совсѣмъ не разработанъ, потому что по этому вопросу въ его распоряженіи никакого эмпирическаго матеріала не было. Подходя къ вопросу объ оцѣнкѣ присяжными уликъ, Герресъ видитъ въ этой оцѣнкѣ только борьбу между присяжными и подсудимымъ. Но это глубоко невѣрно. Оппоненту часто приходится выступать гражданскимъ истцомъ въ дѣлахъ о растратахъ, произведенныхъ служащими въ банкахъ артельщиками. Отстаивая интересы пострадавшей артели, оппонентъ почти никогда не имѣетъ успѣха: почти всѣ такія дѣла заканчиваются оправданіемъ. Но умозаключать отсюда къ тѣмъ выводамъ, какіе дѣлаетъ Герресъ, было бы большой ошибкой: не подлежитъ сомнѣнію, что объективно-матеріальная правда и въ данномъ случаѣ на сторонѣ присяжныхъ. Докладчикъ придаетъ существенное значеніе отводу присяжныхъ сторонами и полагаетъ, что немотивированный отводъ необходимо уничтожить. Но правильно ли приписывать такое значеніе отводу? У насъ въ Россіи, напр., защитою отводъ почти никогда не практикуется. Правомъ отвода чаще защиты пользуется прокуратура, но и то очень рѣдко; но вѣдь прокуратура—органъ *государственнаго* обвиненія. Въ большихъ городахъ отводъ совсѣмъ не примѣняется. Право отвода не есть, однако, право „подбора“ судей,—этотъ послѣдній фактически просто невозможенъ. Въ Германіи можетъ, правда, показаться оскорбительною самая форма отвода, его внѣшняя сторона; но ее можно измѣнить. Возвращаясь къ способности присяжныхъ разобраться въ доказательственномъ матеріалѣ и произвести надлежащую оцѣнку уликъ, оппонентъ считаетъ нужнымъ подчеркнуть важное значеніе въ этомъ отношеніи многовѣковаго опыта. Если считать не получившихъ спеціальной юридической под-

готовки гражданъ неспособными къ осуществленію судебной власти, то съ тѣмъ большимъ основаніемъ слѣдовало бы скептически отнестись къ осуществленію ими законодательной власти. Но исторія научила насъ не бояться этого, а бояться противоположнаго порядка вещей. Очень цѣненъ опытъ только что пережитыхъ Россіей революціонныхъ и контръ-революціонныхъ годовъ. Въ пронесшейся и еще продолжающейся разрухѣ расшатались всѣ устои;—непоколебленнымъ остался одинъ судъ присяжныхъ и только онъ одинъ. Когда говорятъ, что присяжные неспособны справиться съ дѣломъ оцѣнки доказательственнаго матеріала, что утомляются множествомъ возложенной на нихъ работы и вскорѣ послѣ начала ихъ дѣятельности начинаютъ относиться къ дѣлу невнимательно, то при этомъ забываютъ, что вѣдь и коронные судьи такъ же доступны утомленію. Опытъ, длинный историческій опытъ убѣждаетъ въ томъ, что оцѣнка доказательствъ производится судомъ присяжныхъ отлично и, во всякомъ случаѣ, лучше всякаго другого суда. Герресъ придаетъ серьезное значеніе факту дуализма. Но горе не въ обособленіи коронnаго элемента отъ народнаго, не въ обособленіи вопроса о винѣ отъ вопроса о наказаніи, горе въ томъ, что предсѣдательствующими сплошь и рядомъ судъ присяжныхъ подавляется. Герресъ останавливается, далѣе, на немотовировкѣ приговоровъ. Но отсутствіе мотивовъ несущественно въ странѣ, гдѣ народъ *вѣритъ* своему суду, какъ вѣрятъ, напр., своимъ присяжнымъ англичане, которые ищутъ одного суда—чтобы ихъ судилъ Господь Богъ и ихъ страна. Въ странѣ, въ которой судъ пользуется народнымъ довѣріемъ, общественное мнѣніе мотивировки приговоровъ не требуетъ. Основной дефектъ всѣхъ отвергающихъ судъ присяжныхъ тотъ, что они не раскрыли содержанія совѣщанія присяжныхъ: только такимъ путемъ можно было бы подкопаться подъ судъ присяжныхъ. Но до сихъ поръ это никѣмъ сдѣлано не было. Удавалось указывать отдѣльные недостатки института. Эти недостатки имѣются и въ современныхъ организаціяхъ суда присяжныхъ.

М. М. Исаевъ также полагаетъ, что психологическіе мотивы похода противъ суда присяжныхъ—не самые существенные. Существенны мотивы политическіе и профессіональные. Кромѣ другихъ соображеній, заставляющихъ относиться недовѣрчиво къ суду присяжныхъ, правительство въ Германіи

не забываетъ, что исторія суда присяжныхъ въ Германіи восходитъ ко времени революціи. Когда говорятъ объ усиленіи народнаго элемента на ряду съ уничтоженіемъ суда присяжныхъ, то германское правительство знаетъ, чего хочетъ. Судъ шеффеновъ—не народный судъ. Въ коллегіи голосъ шеффена или не раздается совсѣмъ, или онъ заглушается профессіональнымъ юристомъ. Объ этомъ писали и сами шеффены. Профессіонализмъ юристовъ, играющій такъ же видную роль въ сужденіяхъ противниковъ суда присяжныхъ (напр. у Листа), отмѣченъ докладчикомъ также не былъ.

А. И. Гиллерсонъ полагаетъ, что при обсужденіи вопроса о судѣ присяжныхъ необходимо поставить вопросъ о томъ, какой судъ въ условіяхъ нашего времени окажется лучшимъ. Сокращеніе компетенціи присяжныхъ къ благимъ результатамъ не приводитъ. Испоконь вѣка плохо наше законодательство о разводѣ,—только этимъ и объясняется то, что, когда дѣла о двоеженствѣ были подсудны суду присяжныхъ, они заканчивались оправданіемъ. Но нашъ законодатель не пошелъ по пути реформы бракоразводнаго права и процесса, а пошелъ путемъ сокращенія компетенціи суда присяжныхъ,—дѣла о двоеженствѣ подсудны теперь коронному суду. Достигъ ли онъ чего-нибудь этимъ?

М. П. Чубинскій полагаетъ нужнымъ приблизить дебаты къ той темѣ, на которой остановилъ вниманіе собранія докладчикъ,—къ Германіи. По существу доклада необходимо сказать, что тезисы докладчика обоснованы необходимою солидностью. Мотивы похода противъ присяжныхъ въ Германіи не ограничиваются, дѣйствительно, чисто-психологическими мотивами, но такого исключительнаго значенія не придавалъ психологическимъ мотивамъ и докладчикъ. Когда же докладчикъ говоритъ о преимущественномъ значеніи психологическихъ мотивовъ—онъ вполнѣ правъ. Аргументація противниковъ суда присяжныхъ, дѣйствительно, не обогатилась по сравненію съ аргументаціей противниковъ этого суда, писавшихъ тридцать лѣтъ назадъ. Докладчикъ показалъ, что у нихъ не прибавилось ни одного новаго аргумента. Докладчикъ не вполнѣ правъ, приписывая всей новѣйшей нѣмецкой литературѣ неспособность провести ясную грань между случайными чертами института и тѣмъ, что составляетъ его душу. Книга Герреса очень цѣнна, и неправъ В. Н. Новиковъ,

отрицая за нею серьезное значеніе. Если матеріалъ, использованный Герресомъ, относительно и невеликъ, то справедливость обязываетъ отмѣтить, что и у А. М. Бобрищева-Пушкина, котораго В. Н. Новиковъ противопоставилъ Герресу, есть очень интересныя наблюденія, но нѣтъ обѣщанныхъ въ заглавіи *законовъ* дѣятельности присяжныхъ. Вѣдь „законъ", устанавливаемый покойнымъ Бобрищевымъ-Пушкинымъ относительно профессоровъ въ роли присяжныхъ, носитъ всѣ слѣды явно случайнаго наблюденія. Или другой „законъ", согласно которому свидѣтель-очевидецъ топитъ дѣло: да тутъ дѣло не въ эмпирическомъ законѣ, а въ томъ, что при наличности свидѣтеля-очевидца прокуроръ черезчуръ рано складываетъ обыкновенно оружіе, полагая излишними заботы объ остальномъ доказательственномъ матеріалѣ. Поскольку же рѣчь идетъ не о законахъ, а о наблюденіяхъ, необходимо признать, что наблюденія Герреса очень поучительны и очень интересны.

Г. Н. Штильманъ отмѣчаетъ, что часть возраженій, которыя онъ долженъ былъ бы сдѣлать своимъ оппонентамъ, сдѣлана уже за него М. П. Чубинскимъ. Ему остается отвѣтить на два три формальныхъ возраженія. Судъ шеффеновъ не есть, конечно, народный судъ: если онъ чѣмъ характеризуется, такъ именно подавленіемъ народнаго элемента. Поэтому не приходится считаться серьезно съ тѣмъ, что, одновременно съ программою уничтоженія суда присяжныхъ, провозглашена необходимость расширенія участія народнаго элемента. Что касается книги Герреса, которой въ докладѣ придано серьезное значеніе, то такое значеніе придается ей въ Германіи почти всѣми криминалистами. Ее высоко ставитъ, напр., Листъ. Книга произвела, во всякомъ случаѣ, очень большое впечатлѣніе. Остановиться на ней было поэтому необходимо. Попытка примѣненія экспериментальнаго метода, хотя бы и недостаточная, Герресомъ сдѣлана. Что касается замѣчанія В. Н. Новикова по вопросу объ отводѣ, то необходимо замѣтить, что вопросъ объ отводѣ муссируется не одними теоретиками,—его отмѣны требуютъ настойчиво и практики.

Предсѣдатель *П. И. Люблинскій* въ своемъ резюме напомнилъ собранію, что Петербургскимъ юридическимъ обществомъ вопросъ о судѣ присяжныхъ обсуждался много разъ. Обсуждая

вопросъ теперь, мы счастливы сознаніемъ, что у насъ этотъ вопросъ не такъ актуаленъ. Докладчикъ показалъ, впрочемъ, что и въ Германіи суду присяжныхъ серьезной опастности не грозитъ. Что-то, однако, есть. И когда докладчикъ говоритъ, что судъ присяжныхъ выйдетъ обновленнымъ и болѣе сильнымъ, то правъ ли онъ въ своемъ оптимизмѣ? Нельзя вѣдь отрицать, что въ настоящее время наблюдается повсемѣстное съуженіе компетенціи присяжныхъ. Даже въ Англіи, по даннымъ статистики, съ участіемъ присяжныхъ слушается все меньше и меньше дѣлъ. Это явленіе не можетъ не внушать тревоги. Существенно также то, что функціи присяжныхъ нѣсколько видоизмѣняются. Принятіе мѣръ безопасности противъ опасныхъ преступниковъ поручено въ цѣломъ рядѣ странъ компетенціи присяжныхъ. То же и съ условнымъ осужденіемъ. Вообще, явственно замѣчается видоизмѣненіе роли присяжныхъ въ общемъ ходѣ отправленія правосудія. Обсужденіе общаго вопроса о судѣ присяжныхъ очень затрудняется тѣмъ, что крайне трудно выдѣлить постановку суда присяжныхъ изъ общаго состоянія правосудія. Несомнѣнно, однако, что при достойномъ составѣ короннаго состава хорошо работаютъ и присяжные. Большинство недостатковъ суда присяжныхъ,—какъ приписываемыхъ ему, такъ и дѣйствительно ему присущихъ,—имѣетъ своей причиной чрезмѣрно доминирующее положеніе, занимаемое на континентѣ оффиціальнымъ обвиненіемъ. Реформа обвиненія настоятельно необходима. Нашѣ обсужденіе показало, что новое разсмотрѣніе вопроса въ Германіи не внесло ничего новаго. Замѣнить судъ присяжныхъ нечѣмъ. Коронный судъ даетъ много больше матеріала для пессимизма. Отъ лица собранія П. И. Люблинскій выражаетъ докладчику за его сообщеніе благодарность.

Затѣмъ засѣданіе было закрыто въ $11^{1}/_{4}$ час. вечера.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

9 декабря 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^1/_2$ час. веч. подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя уголовнаго отдѣленія общества *В. Д. Набокова.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *С. А. Андреевскаго*: *„Будущія задачи суда“*. [1]).

По открытіи засѣданія слово было предоставлено *докладчику С. А. Андреевскому*, сообщившему слѣдующее:

Судьба съ юныхъ лѣтъ забросила меня въ литературу жизни, т. е. въ судъ. Большинство смотритъ на судъ, какъ на театръ (и это отчасти вѣрно), но я, главнымъ образомъ, вижу въ судѣ книгу жизни. Сценичность разбирательства всегда только мѣшаетъ мнѣ. На каждомъ шагу, благодаря именно „сценѣ“, искажается правда. Свидѣтели, попадая въ актеры, лицемѣрятъ. Участвующія лица, обвинители и защитники стремятся „произвести впечатлѣніе“, тогда какъ здѣсь важно вовсе не впечатлѣніе,—мимолетное и поверхностное,—а „пониманіе“, т. е. проникновеніе въ самую глубину изучаемыхъ событій и людей.

Практическая задача современнаго суда заключается въ томъ, чтобы избавлять общество отъ злодѣевъ, подвергая ихъ наказанію. Однако, жизнь такъ сильна, а количество злодѣевъ такъ прогрессируетъ, что невольно задумываешься: въ наказаніи ли тутъ дѣло? Недовѣріе къ полезности наказанія за послѣднія пятнадцать лѣтъ настолько усилилось, что захватило даже юристовъ—этихъ величайшихъ радѣтелей общественнаго порядка—и вылилось, наконецъ, въ догматъ условнаго осужденія. По правдѣ говоря, пресловутая нѣкогда важность судебнаго возмездія за преступленія такъ быстро падаетъ въ цѣнѣ, настолько явно превращается на глазахъ общества въ запоздалую и ненужную жестокость, что вскорѣ и младенцы это уразумѣютъ. Смѣшно сказать, но и судъ вступаетъ въ свою роль въ той стадіи процесса, когда судьямъ уже почти нечего дѣ-

[1]) Настоящій докладъ былъ напечатанъ въ „Русской Мысли“ 1912 г., кн. IV.

лать. Вся главная работа уже закончена судебнымъ слѣдователемъ. Виновникъ найденъ. Взысканіе убытковъ обезпечено. Изъ краденаго все, что возможно, отыскано. Въ сравнительно рѣдкихъ дѣлахъ съ косвенными уликами рѣшительно все необходимое собрано. Что же остается суду? Остается только одно: если кто виновенъ, то привести виновнаго все къ тому же, сомнительному по своей цѣлесообразности, наказанію...

Вотъ почему давно уже я пришелъ къ мысли, что наиважнѣйшая задача общежитія—предупреждать преступленія. Нужна прежде всего судебная полиція.

Власть этой полиціи должна быть обширная и высокая, привлекающая къ себѣ общее довѣріе. Въ подчиненіи у нея должны быть агенты розыска. Судебно-полицейскіе судьи представляются мнѣ чѣмъ-то въ родѣ священниковъ для земной жизни, т. е. съ правомъ исповѣди, прощенія и кары. Къ такимъ судьямъ каждый, предвидящій возможность преступленія, имѣетъ право обращаться безстрашно, съ полной искренностью. Семейныя и любовныя тревоги, корыстные соблазны, всѣ горести, ставящія человѣка на границу преступленія, желаніе вырваться изъ сѣтей уже назрѣвшаго злодѣянія, все это можетъ быть приносимо полицейскому судьѣ, съ полною надеждою, что онъ поможетъ. Судья же, оберегающій общее благо, не связанный никакими формами, облеченный высокою властью, всегда сумѣетъ различить опасныхъ отъ несчастныхъ и предастъ отвѣтственности только первыхъ.

Скажутъ: но гдѣ же найти такихъ людей? Это вопросъ второстепенный, практическій. Вѣдь священники, сулящіе царствіе небесное, носители Бога, есть повсюду. Они святы, потому что ихъ окружаетъ мечта. Священники по своей жизни должны быть образцомъ самоотреченія и святости. Въ дѣйствительности же такихъ людей вовсе и нѣтъ. А между тѣмъ священникомъ можетъ сдѣлаться каждый. Почему же не найдутся люди и для полицейскихъ судей? Въ каждомъ городѣ и даже селѣ всегда есть кто-нибудь всѣми почитаемый, опытный, безукоризненный, добрый и мудрый. Онъ пойметъ всякаго запутавшагося въ трудныхъ вопросахъ жизни и безбоязненно отдастъ подъ слѣдствіе лишь тѣхъ, кто уже совершилъ преступленіе, кто вреденъ, кто грозитъ общежитію.

Эта часть моей работы можетъ показаться наиболѣе фантастической. Но попытки создать предупредительную власть по нѣкоторымъ интимнымъ дѣламъ у насъ уже были. Назову „печальной памяти“ III отдѣленіе, отчасти Комиссію прошеній (до 1905 года)

и, наконецъ, всѣмъ памятную, чрезвычайную „отеческую власть“ популярнаго московскаго генералъ-губернатора князя Долгорукова. Значитъ, потребность въ подобной власти, хотя бы въ уродливыхъ формахъ, уже выдвигалась жизнью. Здѣсь прежде всего важна идея. Нужно, чтобы всѣ умы, думающіе о лучшихъ условіяхъ общежитія, направились въ эту точку и не отступали отъ усилій выработать соотвѣтствующіе законы. Я всегда завидовалъ таланту законодателей,—у меня его нѣтъ. Я растерялся бы при одной мысли захватить „быстро несущуюся жизнь“ въ рамки закона. Кто можетъ, пусть работаетъ. Пусть, одинъ за другимъ, испробуются нѣсколько законопроектовъ. Теперь это возможно. Авось постепенно что-нибудь создастся...

Вторая практически необходимая власть—*судебный слѣдователь*. Онъ долженъ быть несмѣняемъ и независимъ отъ начальства, преданный исключительно раскрытію правды.

Ни одна отрасль юстиціи, со времени введенія уставовъ, не пала такъ низко, какъ „судебные слѣдователи“. Говорю „пала“, потому что прежній слѣдователь стоялъ очень „высоко“. Товарищи прокуроровъ и самъ прокуроръ смотрѣли на него снизу вверхъ, какъ подобаетъ смотрѣть сторонѣ въ процессѣ на власть, дѣйствующую внѣ сторонъ и надъ ними, т.-е. въ той области, гдѣ нѣтъ мѣста узкимъ, партійнымъ цѣлямъ. Теперешніе же слѣдователи работаютъ на побѣгушкахъ у прокурорскаго надзора. Въ значительной степени они заражены наклонностью „преслѣдовать“ во что бы то ни стало. Въ этомъ отношеніи особенно вредны „судебные слѣдователи по особо важнымъ дѣламъ“. Эта должность родилась при совершенно исключительныхъ обстоятельствахъ.

Въ самомъ концѣ шестидесятыхъ годовъ, при графѣ Паленѣ, учреждены были два судебныхъ слѣдователя по особо важнымъ дѣламъ: одинъ въ Петербургѣ и одинъ въ Москвѣ, для дѣлъ, требовавшихъ всероссійскаго изслѣдованія, т.-е. для преступленій, разсѣянныхъ по всей имперской территоріи. Таковы были, напримѣръ: обширная поддѣлка кредитныхъ билетовъ, распространеніе скопческой ереси и т. п. Отъ лицъ, назначенныхъ на эти должности, вовсе не требовалось сыскныхъ талантовъ. Нужны были только судебный опытъ и неподкупность. Первыми были назначены: Карповъ въ Петербургѣ и Колоколовъ въ Москвѣ. Вскорѣ Карпова смѣнилъ нынѣ здравствующій сенаторъ П. К. Гераковъ, а Геракова—Книримъ, производившій дѣло о всероссійскомъ заговорѣ противъ Александра II. Понятно, что здѣсь понадобились такія

лица, которыя были бы совсѣмъ выдѣлены изъ нормальной пріурсченности слѣдователей къ опредѣленному судебному округу и участку. Что же происходитъ теперь! Теперь въ каждомъ самомъ маленькомъ провинціальномъ судѣ есть свой особо важный слѣдователь. Въ большихъ городахъ ихъ непремѣнно нѣсколько, а въ столицахъ—сколько угодно. Въ „особо важные“ попадаютъ, очевидно, слѣдователи, проявившіе „таланты“, т.-е. своего рода Пинкертоны. Вотъ это-то и ужасно. Это обращаетъ судебныхъ слѣдователей въ чиновъ розыска. На первый планъ выступаетъ уже не безпристрастіе, а хитрость. Законъ, воспрещающій слѣдователю домогаться сознанія „обѣщаніями, ухищреніями и угрозами“, не только забытъ, но, можно сказать, низвергнутъ. Сплошь и рядомъ слѣдователи стараются поймать обвиняемаго на неудачномъ словѣ, и часто сулятъ ему, въ случаѣ сознанія, освобожденіе изъ-подъ стражи. Воспрещеніе закона повторять допросы обвиняемаго безъ особенной къ тому надобности теперь просто кажется смѣшнымъ. Обвиняемые передопрашиваются безконечно, вплоть до вожделѣннаго „собственнаго сознанія“. Когда параллельно идутъ два слѣдствія по двумъ громкимъ и запутаннымъ дѣламъ, мнѣ будто слышится, какъ соперничающіе „таланты“ при встрѣчѣ освѣдомляются другъ у друга: „Вашъ уже сознался?“—„Да!“—„А мой еще нѣтъ“... И часто приходилось мнѣ говорить обвиняемому: „На сколько было бы лучше, если бы ваше дѣло производилъ обыкновенный судебный слѣдователь!“

Образъ несмѣняемаго и независимаго „слѣдственнаго судьи“ начертанный судебными уставами, совершенно исчезъ, благодаря злокачественнымъ „новелламъ“ къ реформѣ 1864 года. Его можно возстановить только съ уничтоженіемъ этихъ новеллъ.

Истинный судебный слѣдователь, вѣрный первообразу уставовъ, всегда правильно разберется въ матеріалахъ дѣла. Развѣдочную часть онъ поручитъ подчиненной ему общей и сыскной полиціи. Изобличенныхъ и опасныхъ людей онъ возьметъ подъ стражу. Его работа никогда не рухнетъ на судѣ и почти не оставитъ никакой почвы для бойкаго выступленія сторонъ. Словомъ, дѣятельность суда сведется какъ бы ни къ чему.

Но эта дѣятельность, повидимому безплодная, въ дѣйствительности окажется самою важною. Тогда величайшее преимущество работы суда выразится именно въ томъ, что борьба за наказаніе должна будетъ исчезнуть. Когда надъ процессомъ виситъ превыше всего наказаніе, тогда, изъ вражды или дружбы, всѣ лгутъ. При-

сутствующая публика невольно увлекается травлей. Стороны, забывъ о главной цѣли суда—о правдѣ, бьются изо всѣхъ силъ, чтобы играть на впечатлѣніяхъ. Жизнь искажается до полной неузнаваемости.

Но будущій судъ мнѣ рисуется совсѣмъ иначе. Я уже давно намѣтилъ его въ моей лекціи „Объ уголовной защитѣ". Вотъ что я тогда говорилъ. „Въ Сорбоннѣ, надъ анатомическимъ театромъ, существуетъ старинная надпись: his est locus, ubi mors in vitam prefisit, т.-е. вотъ мѣсто, гдѣ смерть служитъ на пользу жизни. Въ соотвѣтствіи этому, чуть ли не съ начала моей дѣятельности я мысленно читаю надъ судебнымъ зданіемъ слѣдующія слова: „вотъ мѣсто, гдѣ преступленіе служитъ на пользу общества". Конечно, не въ томъ смыслѣ, что здѣсь наказываются преступники, а въ томъ, что здѣсь изучаются причины преступленія, дабы общество научилось ихъ избѣгать".

Да, именно для этого и нуженъ судъ. И онъ современемъ настанетъ. Въ него будутъ приходить не для того, чтобы волноваться успѣхомъ сторонъ; не для яростной биржевой игры „виновенъ" или „не виновенъ"; не для психопатическаго упоенія праздныхъ уголовныхъ дамъ; не для хлесткаго бичеванія или страстнаго сочувствія со стороны газетныхъ репортеровъ, вносящихъ въ залъ засѣданія „судъ толпы".

Нѣтъ! Сюда придутъ только люди, желающіе серьезно учиться жизни на чужомъ примѣрѣ. Это будетъ тихая, благоговѣйная аудиторія, въ родѣ той, которая присутствуетъ на демонастраціи тяжкаго больного или при смертельной хирургической операціи. Вся цѣль засѣданія—исключительно въ изученіи даннаго житейскаго случая.

„И неужели,—спросите вы,—все это не кончится ничѣмъ и виновные окажутся безъ наказанія?" Вовсе нѣтъ. И здѣсь, какъ при оперированіи, будутъ смертельные случаи, т.-е. вредные люди погибнутъ. Но цѣль будетъ совсѣмъ иная.

Искуснѣйшій діалектикъ (что бы тамъ ни говорили), писатель, котораго и его злѣйшіе враги съ невольнымъ интересомъ всегда прочитываютъ,—г. Меньшиковъ, отстаиваетъ быстрый, строго-формальный судъ и почти безпощадное наказаніе. „Къ чему,—говоритъ онъ,—эти многодневныя, безконечныя разбирательства дѣлъ? Не ясно ли, что всѣ привлеченные виноваты? Зачѣмъ эти утомительно-длинныя рѣчи (ужъ кому бы, кажется, а не автору этихъ строкъ, винить другихъ въ многословіи). Да и что это за „кустар-

ный судъ" какихъ-то присяжныхъ засѣдателей! Здѣсь нужны „спеціалисты юстиціи", а не случайный, сборный людъ", и т. д.

Для меня совершенно непостижимъ этотъ дифирамбъ по адресу сухой и узкой бюрократіи... Да вѣдь именно „спеціалисты юстиціи" не знаютъ и не понимаютъ жизни. Они заглохли въ бумагахъ и формахъ. Возможно ли ихъ ставить выше присяжныхъ засѣдателей? Откровенно говоря, душевный складъ этихъ судей, привыкшихъ лишать правъ состоянія и ссылать въ каторжныя работы такъ же спокойно, какъ завтракать, для меня недоступенъ. Еще въ окружныхъ судахъ, которые видятъ предъ собою подсудимыхъ и свидѣтелей, встрѣчается иногда живое отношеніе къ дѣлу, попадаются оправдательные приговоры. Но въ судебныхъ палатахъ, въ далекой провинціи и на окраинахъ, достаточно самаго вздорнаго прокурорскаго протеста, чтобы по однѣмъ лишь бумагамъ, по малѣйшему намеку на виновность, выносилось это традиціонно-бездушное: лишить всѣхъ правъ состоянія! Сколько неправды и горя создаютъ эти приговоры! Помню, въ одной изъ такихъ палатъ, Плевако былъ выведенъ изъ терпѣнія. Обвинитель имѣлъ смѣшную привычку поминутно вставлять слово „понимаете". „Подсудимый, понимаете, говоритъ... но свидѣтели, понимаете, опровергаютъ... осмотромъ, понимаете, доказано" и т. д. Когда поднялся Плевако, онъ началъ прямо: „Прокуроръ все время говорилъ вамъ о томъ, что вы уже сами понимаете, а я вамъ скажу нѣчто такое, чего вы еще не понимаете"... Нельзя было придраться къ смѣлой фразѣ находчиваго оратора... Но и это не помогло. Крѣпкая традиція! Въ нѣкоторыхъ палатахъ даже прямо называютъ по именамъ отдѣльныхъ судей, которые твердо держатся правила: никого не оправдывать! „Ужъ если привлеченъ человѣкъ, то не даромъ".. Какъ это совпадаетъ съ изреченіемъ даровитой государыни: „лучше оправдать десять виновныхъ, чѣмъ осудить одного невиннаго"! Но бѣда въ томъ, что подобные судьи загублены именно своею „спеціальностью". Нельзя ихъ обвинить ни въ озлобленіи, ни въ безчестности. Напротивъ, большею частью каждый изъ нихъ скромный и добродѣтельный семьянинъ, нѣжный отецъ, вообще, въ частной жизни, человѣкъ даже сантиментальный. У нихъ, если хотите, почти религіозное отношеніе къ формамъ и закону. Причиняя людямъ тягчайшій, часто непоправимый вредъ, они убѣждены, что дѣлаютъ добро. Словомъ, они тутъ просто не при своемъ дѣлѣ. Пусть бы занимались садоводствомъ, рукодѣліемъ, токарной работой, вообще какимъ-нибудь невиннымъ физическимъ трудомъ, гдѣ

нужно только механическое примѣненіе готовыхъ пріемовъ,—и трудно было бы выдумать болѣе достойныхъ людей! Можно сказать и больше. Пусть даже они остаются при своемъ техническомъ знаніи карательныхъ законовъ, пусть участвуютъ въ преданіи суду, пусть предсѣдательствуютъ, разъясняютъ какія статьи „приличествуютъ“ данному случаю, но только не давайте имъ въ руки власть осужденія и наказанія, потому что они знаютъ только свою технику и совсѣмъ не понимаютъ, не чувствуютъ жизни! Въ ихъ рукахъ самый благой законъ поневолѣ обращается въ орудіе жестокости и несправедливости!..

Журнализмъ и публицистика мнѣ совершенно чужды. Той особой приверженности къ „эпохѣ великихъ реформъ“, какою отличаются многіе мои сверстники и болѣе старые общественные дѣятели, во мнѣ тоже нѣтъ. Но, полагаясь исключительно на мою чуткость ко всему живому, прекрасному и замѣчательному, я говорю, что русскій судъ присяжныхъ можетъ быть названъ такою же „національною гордостью“, какъ и наша литература. Онъ развился естественно и самостоятельно изъ тѣхъ основъ, которыя были заложены умными составителями реформы. Мы имѣемъ истинно-народный судъ, человѣчный, мудрый и глубокій, могущій служить образцомъ для всѣхъ странъ свѣта. „Судъ совѣсти“ весьма скоро понялъ, несмотря на „предсѣдательскія резюме“, что ни фактическая доказанность обвиненія, ни сознаніе подсудимаго не стѣсняютъ его въ нѣкоторыхъ случаяхъ оправдать подсудимаго. Первое дѣло съ такимъ оправданіемъ вызвало недоумѣніе. Но тогдашній сенатъ, гдѣ еще засѣдали и авторы уставовъ, закрѣпилъ это завоеваніе народнаго суда навсегда. Попытки Муравьева сломить это „помилованіе“ (послѣ того какъ оно уже въ теченіе сорока лѣтъ вошло въ жизнь) оказались ничтожными.

Какъ извѣстно, по уставамъ, всѣ дѣла безъ различія, соединенныя съ лишеніемъ правъ (кромѣ дѣлъ политическихъ), подлежали суду присяжныхъ. Первое нарушеніе этого правила наступило послѣ знаменитаго процесса Вѣры Засуличъ, оправданной присяжными. Вышелъ законъ, изъявшій изъ этого суда преступленія противъ жизни должностныхъ лицъ. Въ сущности, это почти не мѣняло первоначальной программы, потому что преступленіе Вѣры Засуличъ, несомнѣнно, имѣло политическую, т.-е. революціонную подкладку. Но затѣмъ, послѣ катастрофы 1 марта, въ теченіе двухъ послѣдующихъ царствованій, многое множество дѣлъ было постепенно отнято у присяжныхъ: прежде всего банковыя и дол-

жностныя преступленія, послѣ и другія, по которымъ наблюдалась склонность присяжныхъ къ оправданію, вплоть, наконецъ, до дѣлъ о двоебрачіи, въ которыхъ совѣсть присяжныхъ никакъ не могла примириться съ явными требованіями жизни, опередившими мертвыя формы устарѣлаго закона. А помнитъ ли нынче кто-нибудь время, когда теперешніе антагонисты—уголовный кассаціонный департаментъ сената и присяжные засѣдатели—работали дружно и совмѣстно, въ одномъ и томъ же засѣданіи?! Многіе ли даже знаютъ, что была такая подсудность: уголовный кассаціонный департаментъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей?! И не только была эта подсудность въ законѣ, но и осуществлялась на дѣлѣ. Въ такомъ фантастическомъ, по нынѣшнимъ временамъ, засѣданіи судился даже товарищъ министра путей сообщенія князь Щербатовъ за преступленіе по должности!

Да! Вспоминая прежнюю компетенцію присяжныхъ засѣдателей поневолѣ воскликнешь съ Пушкинымъ: „О, много, много рокъ отъялъ!...“ Нужно надѣяться, что все прежнее къ нимъ вернется и что въ будущемъ ихъ дѣятельность расширится. Должны же когда-нибудь уничтожиться „суды съ сословными представителями“—наиболѣе мишурное и неискренное изъ созданій бюрократіи. Мишурное потому, что здѣсь какъ будто поддерживается принципъ суда общественнаго, а неискренное потому, что, въ дѣйствительности, общественный голосъ въ этихъ судахъ совершенно отсутствуетъ. Ибо, во-первыхъ, готовое большинство дано чиновникамъ, а во-вторыхъ, подмѣшанные сюда „общественные дѣятели“—тѣ же чиновники. Вся эта компанія вмѣстѣ настолько зависитъ отъ начальства, что о независимости подобныхъ судовъ смѣшно и говорить. Какую же цѣнность имѣетъ судъ, лишенный независимости?! Его, конечно, придется отбросить. И чѣмъ скорѣе, тѣмъ лучше.

Охваченный кольцомъ, суживающимъ его дѣятельность, судъ присяжныхъ, тѣмъ не менѣе, крѣпнетъ въ народной жизни и не сдается. Недавно прошелъ законъ, разрѣшающій сторонамъ говорить присяжнымъ о грозящемъ подсудимому наказаніи. Вскорѣ падетъ и послѣднее ограниченіе, отличающее присяжныхъ отъ судей коронныхъ. Ихъ больше не будутъ „держать подъ колпакомъ“, не будутъ запирать въ зданіи суда, не будутъ отъ нихъ требовать безусловнаго разобщенія съ внѣшнимъ міромъ, ограничивая ихъ кругозоръ только тѣмъ, что они увидятъ и услышатъ на судѣ. И дѣйствительно. Обѣ эти мѣры—сокрытіе отъ присяжныхъ наказаній за преступленія и устраненіе отъ нихъ всякаго внѣсудебнаго

матеріала—были внушены создателямъ реформы чисто-педагогическими соображеніями. Они желали дать новому, небывалому у насъ суду хорошую школу: попробовать свои силы „суда совѣсти“, вдали отъ юриспруденціи, сознать свой судейскій долгъ, не поддаваясь никакимъ подходамъ со стороны публики. Теперь присяжные, почти за полвѣка, уже прошли этотъ „стажъ“, а потому „приготовительный классъ“ можетъ быть совсѣмъ отмѣненъ.

Возвращаюсь къ вопросу о культѣ наказанія. Въ одной изъ моихъ первыхъ защитъ (не попавшей въ сборники) я однажды сказалъ присяжнымъ приблизительно слѣдующее: „Насъ, защитниковъ, принято сравнивать съ врачами. Человѣкъ заболѣлъ уголовнымъ дѣломъ—обращаются къ нашей помощи. Получается нѣчто, дѣйствительно, похожее на приглашеніе врача. Но это невѣрно. Истинные врачи это вы. Только вы одни можете и обладаете правомъ сказать: безнадеженъ человѣкъ или можетъ спастись. Если онъ не безнадеженъ, если онъ способенъ вернуться къ хорошей жизни, вы его всегда спасете“. И развѣ теперь, спустя тридцать лѣтъ, этотъ взглядъ не проникъ въ жизнь самъ собою?

Казалось бы, давно пора хоть нѣсколько разочароваться въ цѣлительныхъ свойствахъ наказанія! Удивительно, до чего люди должны долгими окольными путями, дѣлая громадные крюки, добираться до самыхъ простыхъ истинъ. Возьмите законъ тяготѣнія, вращеніе земли вокругъ солнца... Какъ поздно, какъ случайно они были открыты! Поневолѣ думается, что недостатки нашего ума входили въ цѣль міровзданія, дабы наполнить чѣмъ-нибудь наше время, дабы запутать насъ всевозможными загадками и тѣмъ подбадривать насъ къ вѣчному стремленію куда-то впередъ. Глубокія слова сказалъ Лессингъ: „Если бы создатель въ своей десницѣ держалъ истину, а въ своей шуйцѣ вѣчное стремленіе къ ней, я бы съ благоговѣніемъ припалъ къ его шуйцѣ, отвернувшись отъ его десницы“. Да! Но съ вопросомъ о величіи и могуществѣ наказанія пора бы уже покончить и заняться какими-либо другими, болѣе загадочными проблемами.

Вспомните шекспировскихъ убійцъ: Отелло, Макбетъ, Гамлетъ. Всѣ они такъ изображены, что у насъ противъ нихъ нѣтъ ни малѣйшаго негодованія. Возьмите цитату изъ Лира, которую я упорно повторяю: „Нѣтъ на свѣтѣ виноватыхъ“. А нашъ Достоевскій, столь близкій къ практикѣ суда и наказанія, тотъ выразился еще рельефнѣе: „Страданіе есть, виновныхъ нѣтъ!“ Геніальному юношѣ Лермонтову принадлежатъ безсмертныя строки: „И пусть меня на-

кажетъ Тотъ, Кто изобрѣлъ мои мученья", т.-е. Богъ, а не кто иной, или, если хотите, пусть накажетъ сама жизнь, какъ оно и бываетъ сплошь и рядомъ... Вѣдь нельзя отдѣлываться отъ этихъ великихъ мыслей тѣмъ доводомъ, что онѣ высказаны якобы „мечтателями". Вѣдь всѣ названныя имена истинные свѣточи въ потемкахъ нашего несовершеннаго ума. Нельзя же, наконецъ, не призадуматься и не согласиться, что, пожалуй, дѣйствительно, не въ наказаніи сила, а въ чемъ-то другомъ.

Я не отрицаю наказанія въ смыслѣ удаленія изъ общества людей, очевидно, опасныхъ, полудикихъ, коварныхъ, испорченныхъ, „творящихъ зло безъ разсужденья". Каждый судъ ихъ различитъ и постарается ихъ устранить ради общаго спокойствія. Никакая защита здѣсь не поможетъ. Готовъ, скрѣпя сердце, допустить въ наказаніи и элементъ отмщенія, потому что иногда и душа подсудимаго сама проситъ возмездія („Мнѣ отмщеніе и Азъ воздамъ"). Но смотрѣть на наказаніе, какъ на разумное, могучее и справедливое средство бороться съ преступленіями—это явное затменіе.

Когда человѣкъ совершаетъ преступленіе, онъ вовсе не думаетъ о наказаніи. Если онъ старается дѣйствовать тайкомъ, то лишь потому, что въ немъ самою природою заложенъ свой особый кодексъ, именуемый совѣстью. Съ кодексомъ же юристовъ почти никто изъ преступниковъ не знакомъ. Приведенный личными исключительными событіями своей жизни къ преступленію, человѣкъ впервые начинаетъ бояться формальнаго наказанія лишь *послѣ „содѣяннаго"*. Отсюда уже ясно, что грозящая репрессія сама по себѣ безсильна бороться съ злодѣяніями. Не мѣшаетъ еще замѣтить, что самый страхъ наказанія (уже послѣ преступленія) въ сущности преувеличенъ и ошибоченъ. Выносливъ человѣкъ! Можно назвать многихъ осужденныхъ, освоившихся съ каторгою, устроившихся въ ссылкѣ, претерпѣвшихъ долгіе годы мученій, съ неослабною крѣпостью духа. Такъ что истязавшая ихъ репрессія поневолѣ должна себя чувствовать въ довольно глупомъ положеніи...

Зато именно этотъ ошибочный страхъ передъ наказаніемъ (послѣ преступленія) побуждаетъ виновнаго къ запирательству передъ судебною властью и къ отрицанію своей вины, какъ къ послѣднему, отчаянному средству избѣгнуть муки, пугающей его воображеніе.

Поэтому кажется ясно, что *грозящее въ законѣ наказаніе не столько пугаетъ людей совершать преступленія, сколько пугаетъ ихъ сознаваться въ нихъ.*

Всѣ уголовные кодексы имѣютъ нѣкоторое подобіе государственныхъ лѣчебниковъ. Въ нихъ перечислены всѣ болѣзни общежитія и противъ каждой болѣзни указаны соотвѣтствующія лѣкарства, съ опредѣленіемъ высшихъ и низшихъ дозъ. Чины судебнаго вѣдомства—прокуроры, слѣдователи и судьи—обязаны держаться такого правила: если объективные признаки болѣзни, описанной въ лѣчебникѣ, налицо, то, что бы ни говорилъ больной, онъ, во всякомъ случаѣ, заточается въ больницу на срокъ, опредѣленный въ лѣчебникѣ, а въ болѣе тяжкихъ случаяхъ оставляется въ ней навсегда. Понятно, что больные, то-есть преступники, относятся къ этой принудительной санаторіи съ ужасомъ и стараются отъ нея улизнуть, выдавая себя за вполнѣ здоровыхъ людей, т.-е. лгутъ. А такъ какъ судъ присяжныхъ, относящійся къ преступникамъ совершенно иначе, все же находится подъ руководствомъ и давленіемъ бюрократіи, то преступники и на этотъ судъ приходятъ съ невольнымъ желаніемъ избавиться отъ лѣченія, т.-е. опять таки лгутъ.

Но, какъ только наказаніе человѣка, формально виновнаго по уголовному кодексу, не будетъ поставлено главною цѣлью судебнаго разбирательства, все сразу перемѣнится.

Конечно, каждый, совершающій злодѣяніе, будетъ окружать его тайною, подобно тому, какъ и всѣ мы, дѣлая нѣчто, порицаемое нашей совѣстью, стараемся обманывать окружающихъ. Но, если преступникъ будетъ изобличенъ и если ему при этомъ не будетъ угрожать безусловная травля наказаніемъ, его отношеніе къ предстоящему суду тотчасъ же переродится. Онъ пойметъ, что самое страшное уже совершилось: онъ уже взятъ подъ судъ! Боязнь суда гораздо чище страха передъ наказаніемъ, по крайней мѣрѣ, настолько же, насколько стыдъ благороднѣе трусости. И, когда безъ всякой непремѣнной угрозы, какъ это дѣлается теперь, преступника потребуютъ къ отчету передъ обществомъ, главнымъ образомъ, для того, чтобы понять причину его паденія, онъ почувствуетъ, что все его спасеніе въ искренности. Онъ постарается разсказать суду всю внутреннюю исторію своего злодѣянія, съ тѣмъ же усиліемъ достигнуть взаимнаго пониманія, съ какимъ больной даетъ свои объясненія передъ врачомъ. Предсѣдатель не обратится къ нему съ дипломатической формулой состязательнаго процесса: „вы имѣете право не отвѣчать на задаваемые вамъ вопросы“ (дескать, мы и безъ вашихъ отвѣтовъ сумѣемъ васъ изловить). Напротивъ, онъ скажетъ подсудимому, подобно

тому, какъ теперь говоритъ свидѣтелямъ: „показывайте суду одну только правду, потому что мы ищемъ самыхъ точныхъ свѣдѣній о томъ, при какихъ условіяхъ, въ какой обстановкѣ случилось ваше преступленіе и что вы чувствовали или думали, совершая его". Свидѣтелей же судъ можетъ и не приводить къ присягѣ. Теперь, когда при наличности формальнаго преступленія судъ стремится добиться наказанія, происходитъ борьба между свидѣтелями обвиненія и свидѣтелями защиты. Враги стараются упечь подсудимаго, друзья—вызволить. Когда же формальная отвѣтственность отойдетъ на задній планъ, само собою создастся безпристрастіе свидѣтелей. Исчезнетъ трусливая сортировка „свидѣтелей, относящихся и не относящихся къ дѣлу". Отпадетъ вся сложная формулировка вопросовъ присяжнымъ, въ которой часто путается самъ судъ, открывая способы для кассаціи. Одинъ предсѣдательствующій говорилъ мнѣ, что когда въ вопросахъ нужно бываетъ отдѣлить фактъ преступленія отъ виновности подсудимаго, да еще такъ, чтобы въ описаніи факта не было никакихъ намековъ на личность виновнаго, то получается нѣчто безвыходное и приходится чуть не прибѣгать къ выраженію „нѣкто въ сѣромъ"... Прелестно вышутилъ постановку вопросовъ Буренинъ въ „Мертвой ногѣ". У него приведено шесть различныхъ вопросовъ, предложенныхъ присяжнымъ засѣдателямъ. Интереснѣе всего пятый вопросъ: „Доказано ли, что отнятіе ноги произведено сѣчкой, купленной въ магазинѣ у Растеряева?" Отвѣтъ присяжныхъ: „Да, у Растеряева, но заслуживаетъ снисхожденія". Кто заслуживаетъ снисхожденія?—неизвѣстно... Но, боясь, чтобы отъ этой непонятной формалистики кто-нибудь напрасно не пострадалъ, присяжные прибавили снисхожденіе...

Въ томъ судѣ, о которомъ я говорю, присяжнымъ будетъ описано преступленіе, совершенное подсудимымъ, въ самыхъ точныхъ выраженіяхъ, а засимъ будетъ поставленъ одинъ альтернативный вопросъ: долженъ ли подсудимый быть признанъ свободнымъ отъ наказанія или подлежащимъ наказанію?

Давно уже, и вполнѣ справедливо, критикуется теперешній отвѣтъ присяжныхъ: „нѣтъ, не виновенъ". Какъ же, говорятъ, невиновенъ, когда совершилъ преступленіе и сознался въ немъ? Да и что это за невиновность, когда часто оказывается, что было шесть голосовъ за оправданіе и шесть за обвиненіе? А затѣмъ судъ торжественно объявляетъ: „оправданъ!", т.-е. какъ будто

былъ правъ, что убилъ или ограбилъ. Сплошь и рядомъ такіе оправданные, въ особенности въ громкихъ процессахъ, удостаиваются овацій, попадаютъ въ герои и чутъ ли не дѣлаютъ себѣ карьеру изъ своей судимости. Все это фальшиво и все это объясняется формальной борьбой за наказаніе.

„Свободенъ отъ наказанія"—совсѣмъ другое, чѣмъ невиновенъ или оправданъ. Человѣкъ просто освобождается, какъ больной „выписывается" и отпускается изъ больницы. Хворалъ, лѣчился, а теперь можетъ пользоваться свободой.

Исчезнетъ теперешнее резюме предсѣдателя, мертвое и безличное, напоминающее куплеты въ Буффѣ: „Съ одней стороны,— съ другей стороны"... Предсѣдатель сдѣлаетъ только необходимую справку о законахъ, а затѣмъ выскажетъ свое живое мнѣніе о дѣлѣ, предваривъ присяжныхъ, что для нихъ оно необязательно. Отпуская подсудимаго или объявляя ему о наказаніи, предсѣдатель свободно скажетъ ему напутствіе—именно, какъ врачъ: „остерегайтесь впредь того-то и того-то", или же: „вы должны подвергнуться тяжелымъ лишеніямъ, но это необходимо".

Словомъ, все будетъ, какъ при научныхъ бесѣдахъ, въ „ученыхъ обществахъ и собраніяхъ", потому что намъ нужнѣе всего именно изученіе преступленія.

Нельзя забывать, что антропологія, психіатрія и психологія общими усиліями успѣли доказать, что преступники—особая порода людей. Имъ предназначена фатальная роль въ общежитіи. Давно сказано: „Дураки дѣлаютъ опыты, а умные ими пользуются". Едва ли есть между нами хоть одинъ, который бы въ тяжкую минуту, среди сложныхъ столкновеній жизни, не помыслилъ о преступленіи. Но мы только думаемъ, а преступники дѣлаютъ, и почти всегда гибнутъ! Косвеннымъ путемъ, почти всѣ преступленія, въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ, завоевываютъ извѣстныя права, которыя сглаживаютъ шероховатости, порождаемыя необходимостью жить всѣмъ вмѣстѣ, хотя ни одинъ человѣкъ не похожъ на другого. Съ первыхъ моихъ шаговъ въ адвокатурѣ я поставилъ уголовную защиту, какъ объясненіе одного противъ требованія всѣхъ. Необходимо столковаться и понять другъ друга. И многія изъ моихъ положеній, неожиданно для меня, были впослѣдствіи оправданы наукой. Такъ, напримѣръ, въ дѣлѣ Иванова я говорилъ: „Выражаясь самымъ широкимъ образомъ, можно только признать, что Ивановъ совершилъ свое преступленіе подъ вліяніемъ страсти, подъ вліяніемъ любви, воспаленный счастьемъ,

которымъ его одаряла любимая имъ женщина, которое проникло во все его существо до мозга костей и которое затѣмъ было почти мгновенно исторгнуто изъ его сердца съ нестерпимою для него болью словами Насти: „уходите вонъ!“ Можно сказать безъ особаго преувеличенія, что этими словами, означавшими неожиданный и полный разрывъ, Настя вонзила острый ножъ въ сердце Иванова ранѣе, чѣмъ онъ вонзилъ въ ея сердце свой ножъ. Только никто не видѣлъ раны Иванова, ее нельзя измѣрить дюймами и никто не можетъ судить о ея болѣзненности. И онъ въ этомъ случаѣ самъ защищался отъ ужасающей боли, а намъ кажется, что онъ нападалъ первый“. По поводу этой тирады газеты возмущались и говорили обо мнѣ: „до чего онъ дошелъ!“ И что же? Спустя почти двадцать лѣтъ, когда мнѣ предстояло защищать маклера Андреева, зарѣзавшаго свою жену, подсудимый, рѣшительно не помнившій, какъ это съ нимъ случилось, просилъ меня поговорить съ психіаторомъ Карпинскимъ. Карпинскій согласился со мною, что при несовершенствахъ нашего кодекса въ опредѣленіи душевныхъ болѣзней, допускающихъ невмѣняемость, формальная экспертиза можетъ повлечь за собою только отдачу Андреева на испытаніе, которое, въ свою очередь, не приведетъ къ прекращенію дѣла. „Съ точки зрѣнія современной психіатріи,—сказалъ Карпинскій,—важно опредѣлить, какъ глубоко было душевное раненіе, полученное Андреевымъ. Но вы съ этою задачею справитесь сами“. Вы понимаете, какъ я былъ удивленъ и обрадованъ, узнавъ, что моя мысль, нѣкогда осмѣянная въ печати, воплотилась въ научный терминъ!

— Что же это такое? По вашему слѣдуетъ объявить, что преступленія вообще не наказуемы, а только подлежатъ изученію, и что наказаніе допустимо только въ рѣдкихъ, исключительныхъ случаяхъ...

Да ничего подобнаго! Могу васъ увѣрить, что процентъ наказанныхъ преступленій нисколько не уменьшится и вся дѣятельность юстиціи рѣшительно ни въ чемъ не измѣнится.

Дѣйствительно. Карательный кодексъ сохранитъ свою силу вполнѣ. Нужны лишь нѣкоторыя измѣненія въ процессуальныхъ законахъ. Вѣдь въ уставахъ 20 ноября 1864 года появились тезисы, казавшіеся революціонными и недопустимыми, а именно: сила собственнаго сознанія была отвергнута; всякое сомнѣніе было обращено въ пользу подсудимаго; приговоры изъ длиннѣйшихъ письменныхъ произведеній, въ трехъ неизбѣжныхъ главахъ: 1) изъ

дѣла видно, 2) слушали и 3) приказали—превратились въ краткое „да“ или „нѣтъ“; къ подсудимому стали обращаться на „вы“, говорили ему: „садитесь, пожалуйста“... Вѣдь это была просто жизнь навыворотъ!.. И ничего... Почти полвѣка практики доказали, что, въ сущности, давно бы слѣдовало прійти именно къ такому судопроизводству. А теперь нуженъ еще шагъ впередъ.

Ничего особенно смѣлаго даже не потребуется. Достаточно будетъ внести въ судебные уставы, напримѣръ, такую статью: „Невзирая на доказанную виновность и сознаніе подсудимаго, присяжные засѣдатели имѣютъ право освободить его отъ наказанія, если, по обстоятельствамъ дѣла, они признаютъ его впредь безопаснымъ для общежитія“. Въ сущности, согласно руководящему разъясненію сената, присяжные засѣдатели уже давно, сплошь и рядомъ это дѣлаютъ и, такимъ образомъ, въ законъ войдетъ лишь то, что безъ всякихъ новыхъ законовъ завоевано самою жизнью. Но, такъ какъ яснаго признанія совершившагося факта еще нѣтъ въ законодательствѣ, то все еще длится безплодная формалистика, отъ которой страдаетъ весь планъ, все значеніе судебнаго разбирательства. Наконецъ, въ карательныхъ законахъ должна быть предоставлена суду широчайшая власть въ смягченіи наказаній, безъ всякихъ ограничительныхъ предѣловъ и дозъ.

Вѣдь уже у аккуратнѣйшихъ нѣмцевъ внесенъ подобный законопроектъ. Наше Уголовное Уложеніе въ этомъ отношеніи также либеральнѣе дѣйствующаго кодекса.

Кстати, мнѣ невольно вспоминаются военные суды по преступленіямъ общимъ, не касающимся военной службы и дисциплины. Поистинѣ, это лучшіе суды, какіе я встрѣчалъ. Въ самыхъ кровавыхъ дѣлахъ получались удивительно жизненные и смѣлые приговоры. Формально подсудимые приговаривались къ тяжкому наказанію, опредѣленному въ законѣ, но почти всегда приговоръ сопровождался ходатайствомъ передъ государемъ о замѣнѣ этого наказанія какой-нибудь гауптвахтой на шесть недѣль... И никогда въ этомъ ходатайствѣ не было отказа. Но я не помню ни одного случая, чтобы „штатскіе“ судьи (очевидно, боящіеся прослыть либералами) дерзнули хоть разъ обратиться къ монарху съ испрошеніемъ столь широкой милости... Напротивъ, въ этой „штатской юстиціи“ дорожатъ всякимъ предлогомъ заявить себя строгими.

Итакъ, въ результатѣ тѣхъ незначительныхъ поправокъ въ законодательствѣ, о которыхъ я говорю, судъ, выражаясь фигу-

рально, изъ „театра“ превратится въ „академію“, что ему гораздо болѣе нужно, въ виду назрѣвшихъ требованій жизни.

— Но во что же тогда обратятся судебныя пренія? Что останется говорить прокурору? Что будутъ дѣлать адвокаты? А вотъ что. Прокуроръ будетъ говорить отъ имени общества, защитникъ отъ имени отдѣльнаго человѣка. Произойдетъ диспутъ между публицистомъ и психологомъ. Мы, защитники, будемъ тогда въ правѣ сказать прокурору: „давай намъ смѣлые уроки, а мы послушаемъ тебя“. И возразимъ...

— Да. Но куда же тогда дѣнутся дѣла о несознавшихся подсудимыхъ? Вѣдь ихъ едва ли не большинство? По какимъ же процессуальнымъ законамъ ихъ разбирать?

Признаю, что съ точки зрѣнія людей, не понимающихъ моей мысли, это самое искреннее и, съ перваго взгляда, наиболѣе практическое возраженіе.

Но только „съ перваго взгляда“.

Уже послѣ моей лекціи „объ уголовной защитѣ“, многіе уважаемые мною юристы недоумѣвали: „какъ же это онъ наиболѣе интересуется защитою сознавшихся подсудимыхъ? Здѣсь очень мало что можно сдѣлать“... Въ этомъ замѣчаніи вполнѣ сказалась природа „законниковъ“.

А вотъ мнѣ, представьте, защита „съ косвенными уликами“ въ очень рѣдкихъ случаяхъ даетъ что-либо увлекательное. Для меня всегда сразу ясно — или человѣкъ явно виновенъ, или, наоборотъ, явно невиновенъ. Нѣтъ ничего легче, какъ сбивать прокурора, возбуждая сомнѣніе. По этой части мой умъ очень изобрѣтателенъ (да вѣдь и вообще не мудреное дѣло разводить скептицизмъ). Но когда я чувствую, что, несмотря на косвенность уликъ, подсудимый совершилъ преступленіе, — я не беру дѣла. Я готовъ научить другого, но самъ не выступлю, потому что, по природѣ моей, мнѣ гадко и тяжело обманывать. Мой голосъ меня выдастъ...

Дѣла съ косвенными уликами образуются: или вслѣдствіе упрямыхъ и безжизненныхъ фантазій судебнаго слѣдователя (судебная ошибка), или вслѣдствіе наглаго и отчаяннаго упорства преступника признать свою вину. Случаются также — очень рѣдко — дѣла запутанныя такимъ страннымъ стеченіемъ обстоятельствъ, что навсегда остаются загадками. Эти „causes célébres“ насчитываются единицами въ исторіи правосудія.

Но во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ нѣтъ ничего интереснаго и

поучительнаго для общества. Для публики — да, но для общества — нѣтъ. Все сводится къ загадкѣ. И стороны, и судьи заняты только вопросами: совершилъ или не совершилъ подсудимый преступленіе, т. е. настолько заинтригованы шарадой, что имъ даже въ голову не приходитъ, да и нѣтъ возможности заняться вопросами: а если совершилъ, то какъ и почему? И въ самомъ дѣлѣ, если нѣтъ увѣренности, данный ли человѣкъ виновникъ преступленія, то психическій процессъ его дѣйствій приходится восполнять фантазіей, а для снисхожденія или суровости нѣтъ уже рѣшительно никакихъ матеріаловъ.

Вспомните процессы Тарновской (рожденной О'Руркъ) въ Венеціи, и О'Бріенъ-де-Ласси у насъ. Оба не русскіе по крови. Оба не сознались.

Виновность Тарновской была очевидна. Но — комедіантка по натурѣ—она лгала, обвиняя всѣхъ, кромѣ себя. Понятно, что присяжные только раздражались. А она, крѣпкая въ своемъ убѣжденіи, что „надо только умѣть жить", не сломилась. Она до сихъ поръ не устаетъ „рисоваться" и все еще вѣритъ въ какую-то „свою звѣзду". Изученіе этого рѣдкаго типа осталось недоступнымъ судебному разбирательству.

Де-Ласси тоже остался загадкою. Его дѣло гораздо сложнѣе. Присяжные не дали снисхожденія именно потому, что подсудимый не сознался. Получилась безсрочная каторга. Между тѣмъ, въ Де-Ласси были же и хорошія черты. Онъ былъ щедръ и даровитъ. Человѣкъ дѣятельный, подвижной, разносторонній. Многое, что приписывалъ ему Панченко, какъ-то не вяжется съ его дѣловитымъ умомъ. Быть можетъ, Де-Ласси и виновенъ въ отравленіи Бутурлина, но въ дѣлѣ осталась все-таки непроницаемая темнота. Замѣчательно еще и то, что какъ разъ послѣ того, какъ въ Венеціи осудили Тарновскую за такую же безжалостную корысть при уничтоженіи чужой жизни, Де-Ласси (если онъ виновенъ), какъ будто выжидая, чѣмъ кончится процессъ, именно въ ближайшіе дни послѣ осужденія Тарновской, смѣло принялся за быстрое выполненіе своего плана. Если это было такъ, то вотъ вамъ лучшій примѣръ, до чего мало останавливаетъ преступниковъ грозящее наказаніе. Во всякомъ случаѣ, въ Де-Ласси мы имѣемъ сильную фигуру, которую мы совсѣмъ не понимаемъ.

Не ясно ли, что оба эти процесса ровно ничего поучительнаго для общества не дали. Вотъ почему подобные процессы мо-

гутъ только подстрекать праздное любопытство, но не вносятъ рѣшительно ничего новаго въ опыты нашей жизни.

Дѣла этого рода—сущій кладъ для сыщиковъ. Даровитые сыщики, несмотря на свою непопулярность, приносятъ людямъ громадную пользу. Подобно „фагоцитамъ", они какъ бы созданы жизнью для поимки и поглощенія преступниковъ. Конечно, сюда не входятъ заурядные „филеры", „гороховыя пальто" и прочая, часто зловредная по своему тупоумію, челядь охраны. Но „Шерлоки-Хольмсы" — художники. У нихъ есть прирожденное чутье, свое вдохновеніе, своя изумительная логика. Для такихъ агентовъ сознаніе обвиняемаго—вещь не только совсѣмъ ненужная, но почти оскорбительная, какъ подсказываніе отвѣта на задачу первому въ классѣ ученику. Они раскрываютъ всѣ тайны преступнаго замысла, руководствуясь неизмѣнными законами жизни и природою вещей, а вовсе не (фи!) болтовнею свидѣтелей и раскаяніемъ обвиняемаго! А наши „особо-важные судебные слѣдователи", вопреки поразительнымъ опытамъ проф. Листа, доказавшаго непригодность человѣческихъ словъ въ уголовныхъ процессахъ, загромождаютъ свои дѣла именно этимъ вздоромъ, стараясь преимущественно ѣздить на „собственномъ сознаніи" обвиняемаго, какъ бы странно и нелѣпо ово ни торчало среди прочихъ фактовъ слѣдствія. Желательно, чтобы эти дутые таланты были развѣнчаны. Даровитые сыщики охотно пойдутъ на послуги спокойному и безпристрастному судебному слѣдователю и ужъ если ихъ развѣдки окажутся успѣшными, судебный слѣдователь съ увѣренностью передастъ дѣло прокурору для составленія обвинительнаго акта, нисколько не нуждаясь въ собственномъ сознаніи обвиняемаго. Пусть тогда попробуетъ обвиняемый защищаться!

Таковы вообще дѣла „несознавшихся подсудимыхъ". Спрашивается: что же съ ними дѣлать? Какъ ихъ разбирать?

Какъ-то естественно, неожиданно для меня самого, моя мысль остановилась на вопросѣ: а что, если бы попробовали учредить два суда: одинъ для сознавшихся, а другой для несознавшихся подсудимыхъ? Мнѣ показалось, что такая конструкція правосудія нагляднѣе всего иллюстрировала бы то, къ чему я стремлюсь. Эти суды должны помѣщаться не только въ отдѣльныхъ залахъ, но даже въ особыхъ зданіяхъ и въ разныхъ улицахъ.

Въ судѣ надъ несознавшимися все будетъ по-старому, потеперешнему: тѣ же длиннѣйшіе протоколы, съ заявленіями и за-

мѣчаніями сторонъ на случай кассаціи; то же резюме; тѣ же путаные и казуистическіе вопросы присяжнымъ засѣдателямъ.

Сюда будетъ ходить и своя публика, вродѣ той, которая любитъ атлетовъ. Здѣсь будутъ свои Лурихи въ мундирахъ, и Поддубные во фракахъ. И публика, смотря по результату, будетъ воздавать лавры либо тому, кто поймаетъ добычу въ сѣти юстиціи, либо тому, кто вырветъ ее изъ рукъ правосудія.

Но что можетъ привлечь туда мыслящаго человѣка, желающаго знать правду о жизни? Безъ разсказа подсудимаго, если только онъ виноватъ, самые существенные вопросы: какъ зародилось въ его душѣ преступленіе, чѣмъ заглушилъ онъ свою совѣсть, чтобы рѣшиться на него, останутся въ полной, ничѣмъ незаполненной неизвѣстности.

Но вѣдь бываютъ дѣла, въ которыхъ одни сознаются, а другіе нѣтъ, гдѣ оговорщики часто втягиваютъ невиновныхъ — куда же дѣвать такія весьма многочисленныя дѣла? Рекомендую отправлять всѣ эти смѣшанныя дѣла непремѣнно туда же, въ тотъ же старый судъ. Пусть юстиція подольше покоится на современныхъ, привычныхъ для нея устояхъ. Время покажетъ, въ которомъ изъ двухъ зданій окажется наибольшій притокъ дѣла. Авось, и преступники смекнутъ, который изъ двухъ судовъ имъ больше по сердцу, и начнутъ добровольно, искренно сознаваться.

Теперешній судъ будетъ функціонировать параллельно съ новымъ, подобно тому, какъ и при введеніи уставовъ 20 ноября, во многихъ частяхъ имперіи доживали и даже нынѣ доживаютъ свой вѣкъ старыя судебныя учрежденія. Надъ нынѣшнимъ судомъ останется и уголовный кассаціонный департаментъ, вродѣ „стараго сената“, потому что для новаго суда онъ будетъ вовсе ненуженъ. Ибо, въ новомъ судѣ, при всевозможныхъ гарантіяхъ „правды и милости“, при уничтоженіи всякой формалистики, на что же будутъ жаловаться стороны? Не знаю, на сколько лѣтъ уцѣлѣетъ этотъ обособленный для несознавшихся, современный судъ — быть можетъ, навсегда. Но, въ концѣ-концовъ, онъ останется съ весьма небольшимъ репертуаромъ — болѣе въ теоріи, чѣмъ на практикѣ— и, пожалуй, даже будетъ созываться лишь въ особыхъ случаяхъ, для разсмотрѣнія рѣдкихъ по своей запутанности историческихъ процессовъ.

Но пора обратиться къ выводамъ. Считаю, впрочемъ, еще нужнымъ оговориться, что всѣ мои пожеланія и соображенія относятся только къ дѣламъ обще-уголовнымъ, а не къ политиче-

скимъ. Суды политическіе — вѣрнѣе „трибуналы" — имѣютъ свою особую природу. Они создаются временно, въ случайныхъ и разнообразныхъ формахъ, какъ самозащита правительства отъ бунта народныхъ массъ. Здѣсь уже идетъ борьба за власть, т.-е. совершается нѣчто совсѣмъ несхожее съ правосудіемъ, призваннымъ регулировать нормальное общежитіе. Правда, и здѣсь можно было бы поговорить о прискорбной дѣятельности нашихъ судебныхъ учрежденій по ликвидаціи 1905 года, безъ всякаго соображенія съ перспективою протекшихъ лѣтъ... Но подобныя отступленія лишь помѣшали бы цѣльности моей задачи.

Итакъ, для уголовнаго правосудія вообще вотъ что, мнѣ кажется, слѣдовало бы сдѣлать.

А. По части возстановленія стараго:

1. Возвратить суду присяжныхъ всю ихъ прежнюю компетенцію, отмѣнивъ въ соотвѣтствующихъ случаяхъ вытѣснившіе присяжныхъ суды съ сословными представителями.

2. Возстановить независимость, а по мѣрѣ возможности и несмѣняемость судебныхъ слѣдователей.

3. Уничтожить должности судебныхъ слѣдователей по особоважнымъ дѣламъ. Въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, гдѣ для какого-либо спеціальнаго дѣла потребуется слѣдователь, пріобрѣтшій въ немъ опытность, поручать ему производство слѣдствія не иначе, какъ опредѣленіемъ суда, по предложенію прокурора.

Б. По части созданія новаго:

1. Помимо общей полиціи, обязанной предупреждать преступленія, выработать законъ объ учрежденіи „судебно-полицейскихъ судей" по набросанной мною въ общихъ чертахъ идеѣ этого учрежденія.

2. Учредить два отдѣльныхъ суда съ присяжными: а) для сознавшихся и б) для несознавшихся подсудимыхъ и

3. Расширить власть суда въ смягченіи наказанія, предоставивъ суду выбирать для даннаго случая какое угодно минимальное наказаніе, существующее въ кодексѣ вообще, и не понуждая судей вращаться только въ предѣлахъ статьи, по которой возбуждено преслѣдованіе, съ указанными въ ней степенями смягченія.

Я уже говорилъ, какимъ исключительнымъ путемъ военные суды сплошь и рядомъ достигаютъ внѣпредѣльныхъ и минимальныхъ наказаній для самыхъ тяжкихъ преступленій. Но вотъ какъ разъ въ то время, когда резюмировалъ мои выводы, я узналъ изъ „Новаго Времени", что и одинъ „штатскій" т.-е. мировой

судья г. Резанцевъ счелъ себя вынужденнымъ приговорить крестьянина Лепина за кражу со взломомъ изъ необитаемаго строенія на сумму не менѣе 300 руб. къ выговору, т.-е. къ наказанію, совершенно недопустимому за это преступленіе по дѣйствующему закону. Судья привелъ въ своемъ приговорѣ соображенія нравственнаго и бытового свойства, добавивъ, что подсудимый чистосердечно сознался и, по убѣжденію судьи, искренно раскаялся въ своемъ преступленіи. Но это уже была со стороны судьи неудержимая ломка закона! Министерство юстиціи возбудило въ сенатѣ противъ судьи обвиненіе въ неправосудіи, и сенатъ предалъ г. Резанцева (нынѣ члена окружнаго суда) суду по 370 ст. Улож. о Нак., признавъ, что Резанцевъ постановилъ приговоръ явно несправедливый. И не видите ли вы, до чего смѣшно звучитъ здѣсь наименованіе приговора явно несправедливымъ?! Именно живой, человѣчный, справедливый и мудрый приговоръ, вѣроятно, спасшій будущность осужденнаго... И пусть судятъ г. Резанцева за формальное отступленіе отъ закона. Онъ останется чистъ передъ своею совѣстью и своимъ пониманіемъ судейскаго долга. Я же съ своей стороны желаю, чтобы г. Резанцевъ, уже повысившійся послѣ своего преступленія до званія члена окружнаго суда, достигъ современемъ должности предсѣдателя проектируемаго мною суда надъ сознавшимися подсудимыми, а впослѣдствіи и старшаго предсѣдателя одной изъ судебныхъ палатъ.

Жизнь бѣжитъ быстро. Пока лежала моя рукопись, еще трое судей владикавказскаго суда—Аѳанасьевъ, Блазновъ и Ткаченко—также преданы суду за неправосудіе, такъ какъ они, вопреки закону, понизили мѣру наказанія уголовному преступнику.

Теперь я, кажется, все высказалъ.

Моя работа, какъ видите, создалась безъ всякаго плана. Вначалѣ мнѣ думалось, что основная мысль до того проста, что она вся выльется въ краткой газетной замѣткѣ. Но вышло иначе. Меня часто упрекали въ излишней сжатости, и здѣсь я болѣе, чѣмъ когда-либо, почувствовалъ, что мнѣ дѣйствительно и неизбѣжно придется обращаться къ досадной обстоятельности, касаться побочныхъ вопросовъ, твердить общія мѣста, быть можетъ, вдаваться въ длинноты, повторяться и т. д.—иначе меня не поймутъ. И я побрелъ съ моимъ текстомъ по этой скучной дорогѣ. Приведено достаточно банальныхъ истинъ. Внесено много матеріаловъ изъ бытовыхъ условій судебнаго міра. И вы согласитесь, что я не увлекаюсь никакой маниловщиной, не проповѣдую никакихъ утопій.

Все мое изслѣдованіе преисполнено дѣловой, практической прозы. Оно выдвигаетъ назрѣвшія, выпуклыя нужды правосудія, надъ которыми стоитъ призадуматься... Мои пожеланія глубоко выстраданы, намѣченныя мною цѣли должны вызвать содѣйствіе „законниковъ“.

Конечно, здѣсь возможны всякія возраженія. И прежде всего, мнѣ скажутъ, что въ этомъ новомъ судѣ будутъ лгать такъ же, какъ и въ старомъ, въ случаѣ сознанія подсудимаго. Добиваясь того же „освобожденія отъ наказанія“, подсудимый и здѣсь постарается украсить себя всякими средствами. Ну что жъ? Допустимъ, что онъ это попробуетъ. Но при томъ простомъ и спокойномъ разбирательствѣ дѣла, которое здѣсь сразу водворится, онъ легко поймается въ самоукрашеніи и неискренности. Онъ почувствуетъ, что въ нравственномъ отношеніи онъ провалился. Практически онъ ничего не потеряетъ (потому что, если онъ безвреденъ, то и этотъ судъ его освободитъ), но онъ убѣдится, что здѣсь ищутъ и ждутъ совсѣмъ иного!

Два, три, четыре случая подъ-рядъ наладятъ понемногу новую систему. Если реформа и будетъ прививаться медленно, годами, зато путь къ истиннымъ задачамъ правосудія станетъ все болѣе и болѣе расчищаться.

Предавая себя всякимъ упрекамъ и оспариваніямъ, я все же надѣюсь, что мой рефератъ „чье-либо сердце тронетъ“. „Быть можетъ въ Летѣ не потонетъ“ мысль, намѣчаемая мной...

По окончаніи доклада никакихъ возраженій докладчику не было сдѣлано.

Засѣданіе было закрыто въ 10 час. веч.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

29 ноября 1911 года.

Засѣданіе открылось въ $8^1/_2$ час. веч. подъ предсѣдательствомъ члена редакціоннаго комитета гражданскаго отдѣленія *Ф. А. Вальтера.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *І. В. Гессена*: *„Раздѣльное жительство супруговъ“ (по поводу внесеннаго въ Государственную Думу законопроекта министерства юстиціи).*

Положенія доклада:

1. Вопросъ о введеніи правильнаго института раздѣльнаго жительства супруговъ неуклонно вызывается неотложными требованіями жизни и въ теченіе нѣсколькихъ десятковъ лѣтъ не сходитъ съ законодательной очереди.

2. Несмотря на это, всѣ проекты изданія соотвѣтствующаго закона неизмѣнно наталкиваются на одни и тѣ же неодолимыя препятствія.

3. Препятствія эти, однако, направлены не на прекращеніе или уменьшеніе случаевъ раздѣльной жизни супруговъ, а лишь на недопущеніе юридической регламентаціи отношеній между супругами и дѣтьми.

4. Указанная тенденція ярко отразилась и на внесенномъ, наконецъ, въ Государственную Думу законопроектѣ, принципіально расходящемся съ законодательнымъ предположеніемъ членовъ Думы по тому же вопросу.

5. При настоящихъ условіяхъ нѣтъ никакой надежды на возможность принципіальнаго исправленія проекта и, въ виду практической неотложности его и недопустимости существующаго положенія, слѣдуетъ ускорить проведеніе проекта.

6. Проектъ страдаетъ и частными, техническими недостатками.

Источники:

Курсы общаго гражданскаго права.

С. Григоровскій: „О разводѣ“. Спб. 1911.

К. К. Арсеньевъ: „Раздѣльное жительство супруговъ“. В. Е. 1884 г. № 3.

А. Гусаковъ: „Раздѣльное жительство супруговъ“. Право, 1903 г. №№ 48 и 50.

Проектъ правилъ о разрѣшеніи раздѣльнаго жительства супруговъ, выработанный редакціонной комиссіей по составленію проекта Гражданскаго Уложенія.

Журналъ засѣданія Государственнаго Совѣта отъ 26 ноября 1903 г.

Журналъ засѣданій особаго совѣщанія при Государственномъ Совѣтѣ для предварительной разработки проекта правилъ о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ.

Проектъ министра юстиціи о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ.

Проектъ министра юстиціи о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ, измѣненный вслѣдствіе замѣчаній Государственнаго Секретаря.

Проектъ министра юстиціи о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ дѣйствующихъ узаконеній объ отношеніяхъ супруговъ между собою и къ дѣтямъ.

Получивъ отъ предсѣдателя слово, докладчикъ *И. В. Гессенъ* доложилъ собранію слѣдующее:

I.

Чтобы поставить у насъ на обсужденіе вопросъ о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ, не требуется никакихъ спеціальныхъ поводовъ, не нужно никакихъ объясненій и оправданій. Благодаря тѣмъ исключительнымъ ненормальнымъ условіямъ, въ которыхъ этотъ вопросъ у насъ находится, сама жизнь постоянно держитъ его въ порядкѣ дня и самыми разнообразными путями стремится къ его разрѣшенію, не останавливаясь ни передъ чѣмъ и не брезгуя даже самыми сильно дѣйствующими средствами.

Но именно потому, что вопросъ этотъ постоянно стоитъ въ порядкѣ дня, обсужденіе его получаетъ характеръ нѣкоторой тривіальности. Вѣдь, въ самомъ дѣлѣ, все уже сказано, все выяснено до конца, и было бы большой самоувѣренностью думать, что можно сказать еще какое-нибудь новое слово по этому вопросу или убѣдить людей, которые имѣютъ уши, но не желаютъ слушать. Если, тѣмъ не менѣе, вопросъ о раздѣльномъ жительствѣ снова становится на обсужденіе, то на это имѣется спеціальный поводъ: въ государственную думу внесенъ, наконецъ, законопроектъ о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ, онъ уже разсмотрѣнъ соотвѣтствующей комиссіей и не сегодня—завтра станетъ предметомъ дебатовъ въ парламентѣ.

Вопросъ, такимъ образомъ, становится злободневнымъ. Но при этомъ нельзя скрыть, что такой же характеръ онъ имѣлъ у насъ уже около 30 лѣтъ назадъ. Въ 1884 г. К. К. Арсеньевъ представилъ спб. юридическому обществу чрезвычайно обстоятельный и исчерпывающій докладъ по этому вопросу, именно потому, что тогда онъ составлялъ законодательную злобу дня. Къ этому докладу ничего не оставалось бы прибавить и сейчасъ подъ нимъ можно было

бы подписаться обѣими руками. Прошло, однако, почти 30 лѣтъ и мы не только не сдвинулись съ мѣста, но, какъ увидимъ ниже успѣли сдѣлать огромный шагъ назадъ въ нашихъ законодательныхъ предположеніяхъ.

Нужно сдѣлать еще одну оговорку, ибо сказавъ, что докладъ К. К. Арсеньева не требовалъ бы и теперь какихъ-либо измѣненій, я допустилъ одну неточность: дѣло въ томъ, что въ этомъ докладѣ имѣется спеціальная глава, посвященная положенію интересующаго насъ вопроса въ иностранныхъ государствахъ. Тамъ, за эти 30 лѣтъ, произошли весьма существенныя перемѣны; изданы были новые законы въ Англіи и Франціи; въ Швейцаріи и Германіи появились новыя гражданскія уложенія, которыя внесли свѣжую струю въ этотъ наболѣвшій вопросъ. Въ Германіи, послѣ появленія перваго проекта гражданскаго уложенія, общественное мнѣніе выступило весьма рѣшительно за расширеніе правъ развода. Сущность настроенія весьма рельефно фиксировалась въ слѣдующихъ словахъ одного изъ участниковъ работъ по пересмотру перваго проекта:

„Человѣкъ не богословская абстракція, чтобы его поступки можно было регулировать по доктринальнымъ соображеніямъ. Онъ существо, обладающее страстями, и если законодатель пытается подавить эти страсти непереносимыхъ образомъ, то онъ содѣйствуетъ тому, чтобы онѣ нашли себѣ насильственный исходъ, и тогда здоровый ходъ общественной жизни подвергается опасности. Государство, безъ сомнѣнія, управомочено требовать отъ своихъ подданныхъ, чтобы они господствовали надъ своими страстями, но, съ другой стороны, и граждане въ правѣ требовать отъ государства, чтобы ихъ жизненное счастье не приносилось въ жертву теоріи. Проектъ всѣми средствами стремится къ тому, чтобы разводилось какъ можно меньше браковъ, какъ будто бы общество очень заинтересовано въ томъ, чтобы существовало какъ можно больше *мнимыхъ* браковъ, которые лишены всякихъ нравственныхъ основъ интимной жизненной общности, какъ будто истинная общественная нравственность состоитъ въ томъ, чтобы сожительствовали вмѣстѣ супруги, во всѣхъ отношеніяхъ чуждые другъ другу, взирающіе другъ на друга съ ненавистью и отвращеніемъ, какъ будто бы въ этомъ случаѣ не было много нравственнѣе расторгнуть и внѣшнимъ образомъ давно внутренне распавшійся союзъ. Какъ ни мало радостенъ разводъ, но онъ вредитъ общественному благу гораздо менѣе, чѣмъ браки, внѣшнимъ образомъ продолжающіе существовать, но въ дѣйствительности уже расторгнутые и служащіе

лишь къ тому, чтобы содѣйствовать развитію общественнаго лицемѣрія и служить прикрытіемъ для всякаго рода ненормальностей" [1]).

Эти воззрѣнія, съ такой силой выраженныя, оказали весьма существенное вліяніе на дальнѣйшую разработку проекта гражданскаго уложенія и вторая комиссія, значительно расширивъ право развода, сама уже цитировала въ свое оправданіе слова Фридриха-Вильгельма III, сказанныя имъ въ отвѣтъ на жалобу католиковъ: „Задача католическаго духовенства, говорится у него, заключается въ томъ, чтобы при преподаваніи дѣтямъ правилъ Закона Божьяго сдѣлать наглядно убѣдительной нерасторжимость брачнаго союза и этимъ оказать на нихъ воздѣйствіе въ томъ смыслѣ, чтобы они не пользовались льготными постановленіями гражданскаго законодательства, когда они вырастутъ".

Въ результатѣ этого общаго движенія, какъ свидѣтельствуетъ комиссія по составленію проекта гражданскаго уложенія, „разрѣшеніе раздѣльнаго жительства или разлученіе супруговъ безъ разрыва брачнаго союза допускается законодательствомъ почти всѣхъ западноевропейскихъ государствъ. Въ огромномъ большинствѣ оно существуетъ вмѣстѣ съ разводомъ, какъ въ Англіи, Голландіи, Португаліи, Бельгіи, Франціи, Германіи, Австріи и др., и лишь въ нѣкоторыхъ—одно безъ развода, вовсе не допускаемаго этой группой государствъ (Испанія, Португалія); немногія государства, значительно облегчающія разводъ, не устанавливаютъ разлученія супруговъ, какъ напр. Данія, Швеція и Норвегія". И только у насъ разводъ затрудненъ до крайней степени, а раздѣльнаго жительства, какъ самостоятельнаго правового института, совершенно не существуетъ.

Нечего говорить, что косность нашего законодательства объясняется не тѣмъ, что у насъ потребность въ этомъ институтѣ не назрѣла, не ощущается такъ же остро, какъ на Западѣ. Напротивъ, заранѣе можно сказать, что, при сравнительно культурной отсталости нашей, тѣ формы, въ которыхъ выражается ненормальность существующаго положенія, должны быть болѣе рѣзкими, болѣе уродливыми... И дѣйствительно, если заглянуть хотя бы въ объяснительную записку комиссіи по составленію проекта уложенія, которая собрала рядъ фактовъ, указывающихъ на ненормальность существующаго положенія, то поистинѣ кровь стынетъ въ жилахъ при ихъ чтеніи, страшно становится за человѣка. „Трудно пред-

[1]) Цитирую по статьѣ В. М. Нечаева въ „Правѣ" за 1903 г. № 6.

ставить себѣ, говоритъ комиссія, въ какихъ возмутительныхъ жестокостяхъ проявляется у крестьянъ обращеніе мужей съ женами. Во всѣхъ описаніяхъ и изслѣдованіяхъ обычаевъ и народнаго быта (Е. Якушкинъ, С. В. Пахманъ, И. Оршанскій, кн. Н. Костровъ, П. Обнинскій, Я. Лудмеръ, Ефименко и друг.), въ трудахъ Высочай ше учр. комиссіи по преобразованію волостныхъ судой (тт. I—VI, 1873—1874 гг.), въ замѣчаніяхъ о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ (1891 г.) и въ практикѣ всѣхъ судовъ встрѣчается множество вопіющихъ случаевъ насилія и звѣрства мужей надъ женами въ крестьянской средѣ. Вотъ нѣсколько такихъ случаевъ. Одна женщина жаловалась, что мужъ „вырвалъ у нея косу"; другая—что мужъ „безъ всякой причины колотитъ ее и, наконецъ, сталъ хлестать ее черезсѣдельникомъ, въ которомъ вдѣто желѣзное кольцо"; третья—что мужъ, „нанося побои, раздѣваетъ ее вполнѣ до-нага"; четвертая—что мужъ „бьетъ ее сапогами и желѣзнымъ гвоздемъ, который обдираетъ ей лицо, и грызетъ ее зубами"; пятая—что „мужъ ударомъ въ глазъ свалилъ ее, схватилъ за волосы, билъ смертными побоями и давилъ въ землю лицомъ, чтобы не кричала". Труженица, жена пропойцы, убѣжала отъ его угрозъ; онъ „догналъ ее на улицѣ, ударомъ по головѣ повалилъ на землю и поволокъ за косу. Къ счастью, на этотъ разъ женщину спасъ сельскій староста. Но черезъ нѣсколько дней, въ отвѣтъ на упрекъ этой не стерпѣвшей жены, зачѣмъ мужъ пьянствуетъ, когда въ домѣ нѣтъ куска хлѣба, мужъ заперъ избу, надѣлъ женѣ на шею петлю, затянулъ и наносилъ удары черезсѣдельникомъ, а потомъ и кулаками по груди. Истязаніе продолжалось около часу. Изможденная жена впала въ безпамятство и такъ пролежала на полу цѣлый день, очнулась въ лужѣ крови и съ вывихнутою рукою. По окончаніи боя, мужъ стянулъ съ жены одежду и пропилъ" (Я. Лудмеръ, Бабьи стоны, „Юридич. Вѣстн.", 1884 г., кн. 11 и 12, стр. 447, 450, 454, 456, 459, 460, 463 и др.). Вслѣдствіе побоевъ мужа, молодая жена ушла отъ него зимою въ сосѣднюю деревню къ своимъ родителямъ. Мужъ уговорилъ жену возвратиться къ нему, обѣщая, что прежнихъ оскорбленій уже не будетъ. По дорогѣ они встрѣтили подготовленную мужемъ лошадь, запряженную въ сани, съ двумя пріятелями мужа. Послѣдній раздѣлъ до-нага жену, привязалъ ее къ оглоблямъ, сѣлъ и самъ въ сани и, погоняя кнутомъ жену, пріѣхалъ къ своему жилью въ компаніи съ пріятелями (замѣч. о недост. гражд. зак., стр. 72). Другой мужъ „привязалъ къ припрягѣ телѣги жену съ малымъ ребенкомъ на рукахъ и поѣхалъ домой деревней, ударяя

кнутомъ по лошади и по женѣ", третій—„привязалъ жену къ столбу и сѣкъ ее по всѣмъ частямъ тѣла ременною супонью безъ всякой пощады", четвертый—заявилъ волостному суду, что „дѣйствительно много разъ билъ жену и даже уморился бить, хотя проступковъ за ней никакихъ не имѣетъ, а если билъ, то не зналъ закона, что нельзя бить жену", и т. д. (С. В. Пахманъ, об. пр., т. II, стр. 103—105).

Несомнѣнно, что аналогично этому, въ такъ называемыхъ высшихъ кругахъ нашего общества эти физическія мученія, смѣняясь нравственными насиліями, становятся отъ этого нисколько не легче, ибо они переносятся здѣсь гораздо острѣе, гораздо чувствительнѣе.

Было бы однако несправедливо утверждать, что наше законодательство, или вѣрнѣе, законодатель не обращалъ вниманія на эту ненормальность, что онъ закрылъ на нее глаза и проходилъ мимо. Напротивъ, уже почти въ теченіе цѣлаго столѣтія этотъ вопросъ и въ законодательствѣ не сходитъ съ очереди... Въ той же самой объяснительной запискѣ и въ появившемся недавно чрезвычайно обстоятельномъ трудѣ С. Григоровскаго „О разводѣ" [1]), весьма подробно разсказывается исторія этихъ почти столѣтнихъ попытокъ. Ихъ, однако, ужасно трудно удержать въ памяти. Онѣ всѣ до того однообразны, до того густо окрашены въ ровный темный цвѣтъ, что трудно распознать какія-нибудь вѣхи, по которымъ можно было бы воспроизвести въ своемъ воображеніи весь этотъ безплодно пройденный путь. Всѣ попытки неизмѣнно кончались тѣмъ, что раньше или позже, большею частью раньше, чѣмъ позже, проекты не получали дальнѣйшаго движенія и клались подъ сукно. При этомъ бросается въ глаза, что большая часть этихъ попытокъ была совершена по иниціативѣ верховной власти, которая иногда распоряжалась, чтобы онѣ были проведены въ жизнь безотлагательно. Но, какъ извѣстно, наша бюрократія держится того принципа, что und der König absolut, wenn er unsern Willen thut и потому, несмотря на все, она твердо стояла на своемъ. Въ послѣдній разъ попытка эта возникла, собственно говоря, по случайному поводу, какъ это мы узнаемъ ниже, въ 1884 г. Тогда Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ государственнаго совѣта было повелѣно министру юстиціи безотлагательно разработать проектъ объ условіяхъ и порядкѣ разрѣшенія одному изъ супруговъ раздѣльнаго жительства. Такимъ

[1]) Сергѣй Григоровскій. „О разводѣ". Историко-юридическіе очерки. Спб. 1911 г.

образомъ, справедливо замѣчаетъ комиссія, вопросъ тогда казался, уже предрѣшеннымъ верховной властью. Комиссія указываетъ, что, какъ видно изъ текста этого мнѣнія, необходимость установленія особыхъ правилъ раздѣльнаго жительства была признана уже окончательно, и министру юстиціи приказано было войти въ разсмотрѣніе вопроса не о допустимости, а объ условіяхъ и порядкѣ разрѣшенія одному изъ супруговъ отдѣльнаго жительства. Слѣдовательно, вопросъ о допустимости считался уже рѣшеннымъ, это уже было ein überwundener Standpunkt. Предстояло разработать только самыя правила, какимъ образомъ установить раздѣльное жительство.

Несмотря на это, проектъ комиссіи, выработанный ею послѣ долгаго промежутка и въ 1897 г. внесенный на уваженіе государственнаго совѣта, точно также, не получилъ движенія. Въ настоящее время мы оказываемся въ такомъ же положеніи, въ какомъ были много лѣтъ тому назадъ.

II.

Спрашивается, что же это за проектъ, въ чемъ же его опасность? Почему онъ вызвалъ такое сопротивленіе? Чтобы отвѣтить, на этотъ вопросъ нѣтъ никакой нужды входить въ безполезный уже теперь анализъ проекта. Достаточно будетъ сказать, что этотъ проектъ въ сущности не вноситъ ничего новаго, что онъ только резюмировалъ дѣйствующую практику и систематизировалъ установившіяся уже у насъ правила раздѣльнаго жительства.

Нельзя, конечно, не сознавать всей кажущейся нелѣпости этого утвержденія. Какъ же такъ въ самомъ дѣлѣ? мы до сихъ поръ исходили изъ того положенія, что у насъ нѣтъ совсѣмъ правилъ о раздѣльномъ жительствѣ, что у насъ безраздѣльно господствуетъ 103 ст. X т. 1 ч., которая требуетъ совмѣстнаго жительства супруговъ и никакого исключенія отсюда не допускаетъ. А теперь оказывается, что комиссія въ своемъ проектѣ только систематизировала дѣйствующія правила. Да, несомнѣнно, это явное противорѣчіе! Но это такъ! У насъ 103 ст. существуетъ, раздѣльное жительство абсолютно запрещается и, тѣмъ не менѣе, раздѣльное жительство существуетъ. Это противорѣчіе, несомнѣнно, явное. Но въ немъ, въ этомъ противорѣчіи, завязанъ весь узелъ настоящаго вопроса. И это противорѣчіе служитъ характернымъ показателемъ общаго уровня нашей, такъ называемой, государственности.

Когда комиссія по составленію проекта гражданскаго уложенія

выпустила въ свѣтъ въ 1899 г. впервые проектъ обязательственнаго права, она, между прочимъ, во вступленіи къ своей объяснительной запискѣ писала: „Наши гражданскіе законы устарѣли и вслѣдствіе этого стали несправедливыми; въ нихъ отсутствуютъ правила по многимъ весьма важнымъ вопросамъ, а такая недостаточность закона тѣмъ болѣе ощутительна, что въ ней почти нѣтъ общихъ положеній".

Но, когда затѣмъ, года два спустя, былъ выпущенъ проектъ вотчиннаго устава, слѣдующій трудъ комиссіи, она выразилась уже гораздо болѣе осторожно, заявивъ, что своей задачей ставитъ лишь измѣненіе этого устарѣлаго, несправедливаго, противорѣчиваго X-го тома, что она намѣрена лишь „воспроизвести его въ исправленномъ и дополненномъ видѣ". Когда вслѣдъ затѣмъ появился проектъ семейственнаго права, то, подъ вліяніемъ тѣхъ теченій, которыя уже успѣли сказаться по отношенію къ отдѣльнымъ новелламъ, внесеннымъ въ государственный совѣтъ, комиссія пошла еще дальше и заявила, что она вообще не собирается вносить существенныхъ измѣненій. Она оправдывалась, что ссылки на иностранное законодательство, которыя помѣщены подъ статьями, имѣютъ не поучительный характеръ, не должны быть разсматриваемы, какъ рекомендація „иностранныхъ цвѣтковъ", а имѣютъ значеніе литературной ссылки. И, создавая уложенія на многія десятилѣтія, а можетъ быть и столѣтія впередъ, ибо такія созданія, какъ гражданское уложеніе не могутъ часто мѣняться, комиссія, для объясненія принимаемыхъ ею положеній, обращаетъ свой взглядъ назадъ къ прецедентамъ и восходитъ даже къ 18-му столѣтію.

Въ частности, повторяю, что касается проекта правилъ раздѣльнаго жительства, то здѣсь комиссія исключительно систематизировала существующія правила и постаралась воспользоваться и нормировать практику тѣхъ учрежденій, которыя этими дѣлами и до сихъ поръ вѣдаютъ.

III.

Эти учрежденія весьма многочислены и разнообразны. Въ 1826 г. было учреждено третье отдѣленіе собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи, весьма популярное просто какъ третье отдѣленіе. Разъ жандармамъ поручили тогда вообще утирать слезы, то и эти дѣла о разрѣшеніи семейныхъ несогласій, естественно, были поручены имъ. Затѣмъ, когда третье отдѣленіе въ 1880 г.

было упразднено, дѣла о семейныхъ несогласіяхъ были переданы департаменту государственной полиціи. Тамъ они были недолго, и любопытно, по какимъ соображеніямъ департаментъ полиціи постарался отъ нихъ избавиться. Онъ указывалъ, и совершенно справедливо, что такъ или иначе онъ подчиненъ правительствующему сенату: на него можно приносить жалобу сенату. Въ какомъ же департаментъ окажется положеніи, если кто-либо изъ заинтересованныхъ сторонъ, мужъ или жена, или совершеннолѣтнія дѣти, принесутъ жалобу въ правительствующій сенатъ на неосновательное рѣшеніе, ни въ какомъ законѣ не предусмотрѣнное. Эти соображенія показались убѣдительными, разсматриваемыя дѣла были изъяты изъ департамента государственной полиціи и переданы въ комиссію прошеній на Высочайшее имя приносимыхъ. Затѣмъ, въ 1884 г. возникъ вопросъ объ упраздненіи этой комиссіи. Была учреждена комиссія объ упраздненіи этой комиссіи и тутъ и всталъ вопросъ, куда же дѣваться съ дѣлами о семейныхъ несогласіяхъ? Тогда то и состоялось Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта, коимъ министру юстиціи было приказано безотлагательно выработать проектъ правилъ о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ. Вотъ почему въ 1884 г. вопросъ оказался злободневнымъ и К. К. Арсеньевъ представилъ юридическому обществу упомянутый выше докладъ. Но, какъ мы уже знаемъ, проектъ комиссіи безнадежно застрялъ и дѣла о семейныхъ несогласіяхъ переданы были изъ комиссіи въ канцелярію прошеній, приносимыхъ на имя Его Величества, гдѣ и остаются до сихъ поръ.

Канцелярія Его Величества рѣшаетъ эти дѣла по совершенно опредѣленнымъ и точно выработаннымъ правиламъ, никому, правда неизвѣстнымъ и нигдѣ не опубликованнымъ. Они изложены въ Высочайше утвержденной инструкціи, хранящейся въ величайшей тайнѣ. Установленъ опредѣленный порядокъ, по которому поступающія прошенія получаютъ предопредѣленное движеніе и разрѣшеніе. Стороны вызываются для объясненій или мѣстнымъ властямъ поручается произвести разслѣдованіе; въ случаѣ неотложности дѣла разрѣшаются самой канцеляріей и санкція верховной власти слѣдуетъ уже ex post. Разъ установленный, никому неизвѣстный порядокъ держится твердо и настолько прочно укоренился (канцеляріей рѣшено нѣсколько десятковъ тысячъ дѣлъ), что, когда былъ выработанъ проектъ комиссіей гражданскаго уложенія, то главноуправляющій канцеляріей въ своемъ отзывѣ на этотъ проектъ совершенно справедливо указалъ на необходимость дополнить его

такъ наз. переходными правилами, которыя устанавливали бы юридическое значеніе состоявшихся рѣшеній канцеляріи и опредѣляли бы отношеніе этихъ рѣшеній къ будущимъ рѣшеніямъ судебныхъ мѣстъ.

На ряду съ канцеляріей по принятію прошеній, какъ оно ни странно, эти дѣла вѣдаютъ и суды. Что касается волостныхъ судовъ, то они въ этомъ отношеніи дѣйствуютъ весьма, такъ сказать, свободно и ничѣмъ не стѣсняются. Съ одной стороны, если они найдутъ цѣлесообразнымъ или соотвѣтствующимъ обстоятельствамъ даннаго дѣла, они не задумаются постановить рѣшеніе о насильственномъ приводѣ жены къ мужу, отъ него ушедшей, и весьма сурово приводятъ это рѣшеніе въ исполненіе. Съ другой стороны, они точно также не останавливаются передъ тѣмъ, чтобы постановить самое краткое и внушительное рѣшеніе: „развести Барановыхъ“. Но отъ волостныхъ судовъ, конечно, нечего и требовать. Они вообще страдаютъ отсутствіемъ законности и смѣшно было бы предъявлять къ нимъ требованіе, чтобы именно въ этомъ вопросѣ, который связанъ съ неизбывнымъ человѣческимъ горемъ, они проявили какое-нибудь уваженіе къ ригористическимъ постановленіямъ закона. Но главная бѣда въ томъ, что и общіе суды держатся принципіально совершенно такого же порядка.

Комиссія по составленію гражданскаго уложенія констатируетъ,—это хорошо извѣстно и изъ юридической литературы,—что мировые судьи, окружные суды и судебныя палаты опять-таки совершенно не стѣсняются велѣніями абсолютнаго запрета 103 ст. X т. и постановляютъ рѣшенія о разлученіи супруговъ или отказѣ мужу, въ случаѣ его требованія о возвращеніи къ нему жены. Такое теченіе судебной практики нашло себѣ и своего идеолога. Въ книгѣ сенатора Боровиковскаго „Отчеты судьи“, весьма нашумѣвшей въ свое время, приведенъ былъ цѣлый рядъ рѣшеній судебной палаты, которыя свидѣтельствовали и настаивали на томъ, что судебныя учрежденія обязаны исполнять велѣнія 103 ст., пока бракъ соотвѣтствуетъ внутреннему своему назначенію и внутреннему смыслу. Если же это внутреннее значеніе брака уничтожилось, если между супругами нѣтъ фактическаго единенія, то суды не могутъ настаивать, чтобы оставалось юридическое единеніе.

Вслѣдъ за судами и правительствующій сенатъ, въ частности второй департаментъ, который вѣдаетъ крестьянскія дѣла, разъяснилъ, вопреки прямому и категорическому смыслу закона, что земскіе начальники и другія подлежащія начальства, входя въ разсмотрѣніе кон-

кретныхъ обстоятельствъ дѣла, вправѣ выдавать отдѣльные паспорта женамъ, мужья которыхъ злоупотребляютъ своимъ правомъ. Только гражданскій кассаціонный департаментъ правительствующаго сената вначалѣ пытался было отстоять начала законности въ этомъ трагическомъ вопросѣ. Онъ, въ началѣ своей дѣятельности, настойчиво отстаивалъ ту мысль, что въ порядкѣ судейскаго усмотрѣнія законъ не можетъ быть измѣненъ, и что по сему, какъ бы сурово ни было требованіе 103 ст., оно должно быть исполняемо. Но, поддаваясь этому рѣшительному и постоянному напору судебной практики, сенатъ въ концѣ концовъ уступилъ и покорно свернулъ свое знамя. Между прочимъ, здѣсь тоже любопытно отмѣтить тѣ, такъ сказать, обходные пути, тѣ лазейки, къ которымъ сенатъ прибѣгалъ для того, чтобы оправдать свое отступленіе отъ закона. Онъ говоритъ между прочимъ, что 103 ст. повелѣваетъ супругамъ жить вмѣстѣ. Но, съ другой стороны, въ правилахъ, установленныхъ уставомъ гражданскаго судопроизводства, перечислены тѣ способы, которыми можетъ быть приведено въ исполненіе судебное рѣшеніе. Ни однимъ изъ этихъ способовъ рѣшеніе о водвореніи жены къ мужу не можетъ быть исполнено. А потому и судебное рѣшеніе не можетъ быть постановлено по вопросу, который не можетъ быть на практикѣ осуществленъ.

Само собой разумѣется, что эта уступка сената, въ свою очередь, вызвала новое, столь широкое теченіе въ пользу отмѣны дѣйствія ст. 103, что сенатъ оказался не въ состояніи устоять въ теченіе этихъ 40 лѣтъ на своей новой позиціи. И еще въ 1908 г. онъ снова вернулся къ вопросу и снова сдѣлалъ слабую, безсильную попытку возстановить дѣйствіе 103 статьи. Правительствующій сенатъ напоминаетъ здѣсь, что онъ самъ защищалъ начала совмѣстнаго жительства супруговъ, не взирая на неблагопріятныя условія послѣдняго, и допускалъ раздѣльность *лишь въ видѣ исключенія*. Но разъ это исключеніе не установлено въ законѣ, то естественно, что установить какіе-нибудь предѣлы для этого исключенія сенатъ былъ не въ силахъ. И потому, оказывается, что, по разъясненію сената въ одномъ рѣшеніи, судъ не въ правѣ устанавливать раздѣльную жизнь супруговъ, отказывая мужу въ возвращеніи жены или удовлетворяя искъ жены о выселеніи мужа изъ ея квартиры. А рядомъ съ этимъ сенатъ, въ томъ же 1908 г., принимаетъ и обсуждаетъ вопросъ о томъ, какому суду подсуденъ искъ о разрѣшеніи свиданій между дѣтьми и родителями, если супруги ведутъ раздѣльную жизнь, хотя этотъ вопросъ не предусмо-

трѣнъ нашимъ законодательствомъ, хотя только теперь, въ разсматриваемомъ проектѣ, устанавливаются впервые соотвѣтствующія правила.

Эти колебанія правительствующаго сената, которыя ясно свидѣтельствуютъ о его полной безпомощности и которыя—не нужно этого даже объяснять—сильнѣйшимъ образомъ дискредитируютъ авторитетъ суда, составляютъ, однако, самое меньшее зло въ данномъ вопросѣ. Гораздо страшнѣе и гораздо важнѣе то колебаніе начала законности, которое допускаетъ сенатъ. Ибо судъ есть послѣдній оплотъ законности, это есть фундаментъ государства, и если высшій судъ вмѣсто того, чтобы стоять на стражѣ закона, самъ колеблетъ фундаментъ, то никакими благопріятными послѣдствіями, которыя принесетъ какое-нибудь рѣшеніе въ отдѣльномъ случаѣ, нельзя искупить огромнаго вреда, который приносятъ такія противозаконныя рѣшенія.

Чтобы дополнить картину настоящаго положенія вещей, остается еще указать, что и наше законодательство не стоитъ такъ строго ригористически на точкѣ зрѣнія абсолютной недопустимости разлученія супруговъ при существованіи брака. Комиссія справедливо указываетъ на то, что самъ законъ допускаетъ цѣлый рядъ изъятій, какъ напримѣръ, при ссылкѣ мужа на поселеніе. Кромѣ того, при переселеніи мужа по приговору общества, а также при удаленіи мужа въ административномъ порядкѣ, жена можетъ не слѣдовать за мужемъ въ слѣдующихъ случаяхъ: во-первыхъ, съ согласія мужа, удостовѣреннаго подпиской, отобранной при надлежащемъ начальствѣ, во-вторыхъ, по тяжелой болѣзни жены, въ-третьихъ, по жестокому обращенію мужа или развратному его поведенію. Пусть это единственное изъятіе. Но разъ законъ находитъ возможнымъ при развратномъ поведеніи мужа или его жестокомъ обращеніи съ женой допускать раздѣльное жительство, то очевидно, что принципіальныхъ возраженій противъ проекта дѣлаемо быть не можетъ и этотъ вопросъ сводится къ вопросу цѣлесообразности и благодѣтельности изданія даннаго закона.

IV.

Такъ или иначе, повторяю, проектъ комиссіи только зафиксировалъ существующую практику, которая только что была бѣгло изложена въ предшествующемъ изложеніи. И, чтобы лишній разъ

подтвердить это, нѣтъ надобности обращаться къ детальному разбору проекта. Достаточно будетъ сослаться на слѣдующее авторитетное заявленіе. Въ своемъ отзывѣ на проектъ комиссіи главноуправляющій канцеляріей Его Величества, между прочимъ, писалъ: „Статьи проекта, касающіяся основаній и порядка разрѣшенія одному изъ супруговъ отдѣльнаго жительства, согласованы съ мѣропріятіями высшаго правительства къ упорядоченію дѣла о семейныхъ несогласіяхъ и, сообразно стремленію законодательной власти установить для сего особыя правила, узаконяютъ установившуюся въ этомъ отношеніи, путемъ опыта, практику. Въ основу упомянутыхъ постановленій положены правила, выработанныя, по преимуществу, практикою канцеляріи Его Императорскаго Величества по принятію прошеній, на Высочайшее имя приносимыхъ“.

Послѣ такого категорическаго свидѣтельства врядъ ли могутъ еще оставаться какія-либо сомнѣнія!

Но здѣсь можетъ быть сдѣлано возраженіе съ другой стороны. Могутъ сказать: если таково положеніе вопроса, то, пожалуй, дѣйствительно оказывается, что у насъ потребность не назрѣла, не ощущается остро. Потребность эта разрѣшается такъ или иначе, не совсѣмъ удовлетворительно, но разрѣшается, и весьма различными способами. Это было бы огромной, непростительной и недопустимой ошибкой. Совершенно напротивъ, именно приведенныя обстоятельства, именно то положеніе, которое я старался обрисовать въ предшествующемъ изложеніи, указываютъ на крайнюю и неотложную необходимость изданія точнаго и яснаго закона и прекращенія, наконецъ, того неопредѣленнаго хаотическаго состоянія, въ которомъ мы находимся.

Что касается практики канцеляріи по принятію прошеній, то, въ этомъ отношеніи достаточно указать на то обстоятельство, что огромное большинство, больше половины прошеній, поступающихъ въ канцелярію, идутъ отъ жителей или, собственно, жительницъ петербургской губерніи и свыше 17% идутъ изъ московской губерніи. Такимъ образомъ, въ сущности, допущенный канцеляріей прошеній порядокъ составляетъ привилегію столичныхъ губерній. Это указываетъ, что ею могутъ пользоваться лица, случайно освѣдомленныя о томъ, что черезъ канцелярію по принятію прошеній можно добиться выхода изъ безвыходнаго положенія. Что же касается практики нашихъ судебныхъ учрежденій, то, какъ уже сказано, это именно та угроза, которая указываетъ на необходимость

прекратить это положеніе даже не въ интересахъ непосредственныхъ, не въ интересахъ установленія правильныхъ отношеній между супругами и между супругами и дѣтьми, а въ интересахъ правосудія, для того, чтобы оно сохранило своей авторитетъ и значеніе. Если суды систематически обходятъ дѣйствующій законъ, то это служитъ яркимъ доказательствомъ того, что онъ долженъ быть отмѣненъ и что нельзя ни одной минуты медлить, ибо опасность угрожаетъ самому драгоцѣнному государственному благу.

Нужно замѣтить, что въ этомъ отношеніи нельзя обвинять наши суды; такое положеніе вездѣ и всегда создавалось при аналогичныхъ условіяхъ. Если законодатель игнорируетъ потребности жизни, то судъ, сталкиваясь съ ними ежедневно на конкретныхъ, трагическихъ, окрашенныхъ кровью и слезами случаяхъ, не можетъ отнестись съ величественнымъ презрѣніемъ и отмахнуться отъ нихъ такъ, какъ это разрѣшаетъ себѣ сдѣлать законодатель. Чтобы не отступать отъ нашей области, я позволю себѣ привести примѣръ изъ французской практики. Во Франціи по прежнему закону—теперь онъ отмѣненъ—разводъ допускался въ случаѣ прелюбодѣянія жены; въ случаѣ же прелюбодѣянія мужа онъ допускался только въ томъ случаѣ, если мужъ держалъ любовницу у себя на квартирѣ. Это совершенно нелѣпое постановленіе закона, ставящее въ такія неравныя отношенія супруговъ, было сразу опрокинуто и совершенно отмѣнено практикой. Такъ какъ вмѣстѣ съ тѣмъ французскій законъ допускалъ разводъ, вслѣдствіе нанесенія мужемъ женѣ тяжкихъ оскорбленій, то судъ всегда трактовалъ прелюбодѣяніе мужа—если не было въ наличности указаннаго признака, который дозволялъ ему допустить разводъ по этой причинѣ—какъ нанесеніе мужемъ женѣ тяжкихъ оскорбленій. Очевидно, подъ понятіе тяжкихъ оскорбленій судъ могъ бы подвести все, что ему угодно, кромѣ именно прелюбодѣянія, о которомъ законъ говоритъ особо. Но, несмотря на это, судьи всегда, самымъ свободнымъ образомъ и неуклонно подводили прелюбодѣяніе подъ тяжкое оскорбленіе и разрѣшали на этомъ основаніи разводъ. Но во Франціи законодатель оказался болѣе чуткимъ. Обративъ вниманіе на эту судебную практику, онъ понялъ, что бьетъ одиннадцатый часъ, и тотчасъ же законъ былъ измѣненъ въ томъ смыслѣ, чтобы прелюбодѣяніе мужа и жены трактовались одинаково какъ поводъ къ разводу. Но характерно при этомъ, что указанная практика настолько укоренилась, что и послѣ того, какъ законъ былъ отмѣненъ, когда, слѣдовательно, суды имѣли право допускать раз-

водъ и въ случаѣ прелюбодѣянія мужа, они все-таки продолжали держаться прежняго взгляда и квалифицировали разводъ, какъ нанесеніе женѣ тяжкихъ оскорбленій.

V.

Таково было фактическое положеніе дѣлъ къ тому времени, когда комиссія выработала проектъ правилъ о раздѣльномъ жительствѣ и внесла его въ 1897 г. въ государственный совѣтъ. Когда проектъ былъ разосланъ на заключеніе вѣдомствъ, то оказалось, что всѣ министры высказались принципіально за его принятіе и въ своихъ отзывахъ ограничились частичными замѣчаніями. Только одинъ оберъ-прокуроръ свят. синода покойный К. П. Побѣдоносцевъ, и то спустя почти пять лѣтъ, лишь послѣ двукратнаго напоминанія государственнаго секретаря о срочности отзыва, „представилъ", какъ говоритъ Григоровскій, свой „знаменитый отзывъ", сыгравшій рѣшительную роль въ судьбѣ проекта. К. П. Побѣдоносцевъ полагалъ, что этотъ проектъ долженъ быть a limine отклоненъ безъ постатейнаго его разсмотрѣнія.

Чего же желалъ въ сущности Побѣдоносцевъ, что онъ противопоставлялъ проекту? Если, какъ указано было, проектъ только регулировалъ существующій порядокъ, а Побѣдоносцевъ былъ противъ проекта, то, очевидно, это фактическое положеніе казалось ему совершенно ненормальнымъ, недопустимымъ, тѣмъ болѣе, что Побѣдоносцевъ былъ очень образованный и выдающійся юристъ. Значитъ, если онъ настаивалъ на томъ, чтобы отклонить проектъ, то онъ тѣмъ самымъ отрицалъ недопустимый незаконный порядокъ и требовалъ возстановленія въ полной силѣ дѣйствія 103 ст. X т. 1 ч. Ничего подобнаго, не только ничего подобнаго, но совершенно напротивъ. К. П. Побѣдоносцевъ настаивалъ на томъ, чтобы узаконить и раздвинуть существующій ненормальный порядокъ, укрѣпить то хаотическое состояніе, въ которомъ мы въ настоящее время находимся.

Нѣтъ надобности останавливаться на доводахъ Побѣдоносцева по существу. Достаточно указать въ этомъ отношеніи, что на одной страницѣ онъ боится того, чтобы законъ не послужилъ самъ по себѣ основаніемъ къ увеличенію количества разлученій супруговъ, чтобы не видѣли въ этомъ новомъ институтѣ легкую возможность разлученій. А съ другой стороны, на другой страницѣ, онъ боится,

чтобы этотъ законъ не осталося мертворожденной буквой, ибо мертворожденный законъ только дискредитируетъ законодателя.

Характерно то, что въ 60-хъ годахъ митрополитъ Филаретъ, по стопамъ котораго Побѣдоносцевъ шествовалъ, въ своемъ отзывѣ на возникшій тогда проектъ правилъ, въ подкрѣпленіе своихъ доводовъ, утверждалъ, что въ Англіи есть страшный брачный законъ, покровительствующій жестокому обращенію мужа съ женой и дающій ему право продавать жену на рынкѣ. „Законъ сей, утверждалъ Филаретъ, хотя изрѣдка, донынѣ является въ дѣйствіе“. А въ концѣ XIX столѣтія Побѣдоносцевъ съ такимъ же апломбомъ утверждалъ, что во Франціи, благодаря введенію новаго закона о разводѣ, оказалось, что число разводовъ, достигшее въ 1884 г. 124, постепенно увеличилось и достигло въ 1890 г. до 9000, а легкость разрѣшенія разводныхъ дѣлъ дошла до того, что въ сенскамъ судѣ, въ продолженіе трехъ часовъ въ одномъ засѣданіи рѣшалось около 300 разводныхъ дѣлъ. На самомъ же дѣлѣ въ 1884 г. было не 124 случая разводовъ а 3.190, и въ 1894 г. было 8.673 случая. Иначе говоря, если, по словамъ Побѣдоносцева, въ 1890 г. значилось до 9000 случаевъ, то выходитъ, что число разводовъ сначала значительно увеличилось, а потомъ перестало рѣзко колебаться и нѣкоторое время оставалось уже неизмѣннымъ.

При такомъ отношеніи къ вопросу, разбираться въ мотивахъ отзыва нѣтъ нужды. Важенъ окончательный выводъ. Побѣдоносцевъ отрицаетъ возможность введенія новаго проекта не потому, что онъ высказывается противъ того положенія, которое нынѣ существуетъ и которое проектъ узаконяетъ, а напротивъ, именно потому, что, по его мнѣнію, разъ такое, хотя и ненормальное, положеніе существуетъ, то больше не о чемъ заботиться. Напрасно, говоритъ К. Побѣдоносцевъ, жалуются на запретъ 103 ст. Дѣйствительно, она исключаетъ раздѣльное жительство супруговъ, но развѣ она кѣмъ-нибудь соблюдается. „Если признать, что это состояніе раздѣльнаго жительства незаконно въ виду 103 ст. гражданскаго закона, то спрашивается, есть ли прямой законъ, есть ли способъ прекратить или возстановить въ законѣ это состояніе. Оказывается, что такого способа нѣтъ, и утверждать противное было бы несогласно съ дѣйствительностью“. Что же, однако, отсюда слѣдуетъ? К. П. Побѣдоносцевъ отвѣчаетъ: разъ 103 ст. не соблюдается, то пусть она остается въ кодексѣ, а нынѣшнее положеніе пускай остается такимъ, вмѣсто того, чтобы его законъ регулировалъ. Но почему же не регулировать? Очень просто. Побѣдо-

носцевъ отвѣчаетъ на это откровенно: пока существуетъ нынѣшнее положеніе, неопредѣленное, которое въ любой моментъ можетъ быть отмѣнено, оно является фактическимъ состояніемъ, прекарнымъ. Законъ его игнорируетъ и смотритъ какъ бы сквозь пальцы. Пусть же это фактическое состояніе существуетъ, но зато будетъ сохранена видимость, что въ нашемъ законѣ раздѣльное жительство не допускается. Какъ сто лѣтъ тому назадъ, вся задача заключалась въ томъ только, чтобы, не возражая по существу, не допустить „особливаго гласнаго распоряженія правительства“.

Вотъ чѣмъ и объясняется то противорѣчіе, на которое было указано, и вотъ почему въ этомъ именно противорѣчіи и завязанъ весь узелъ даннаго вопроса.

VI.

Несмотря на всю явную антигосударственность этой точки зрѣнія, она, какъ уже замѣчено выше, рѣшила судьбу проекта. Всѣ стали на ея сторону. Если, какъ сказано было, всѣ министры не только соглашались съ основными началами проекта, выработаннаго комиссіей, но нѣкоторые изъ нихъ шли въ этомъ отношеніи даже гораздо дальше, то теперь сразу, словно по мановенію волшебнаго жезла, всѣ они вмѣстѣ со всѣмъ государственнымъ совѣтомъ бросились въ сторону. Всѣ согласились, что выработанный проектъ не можетъ быть допущенъ, что у насъ раздѣльное жительство въ качествѣ правового института не можетъ быть введено. Съ этого момента судьба проекта катится неудержимо внизъ и всякій считаетъ своимъ долгомъ лягнуть его. Нужно сказать, однако, къ чести г. министра юстиціи, что онъ все-таки еще пытался спасти хотя самый остовъ проекта и вновь внесъ его, уже при такъ называемомъ обновленномъ строѣ, въ совѣтъ министровъ; но совѣтъ единодушно замахалъ на него руками и твердо сталъ на точку зрѣнія совѣщанія при прежнемъ государственномъ совѣтѣ, воспринявшаго взгляды Побѣдоносцева. Совѣтъ министровъ категорически заявилъ, что не можетъ быть допущенъ проектъ созданія отдѣльнаго правового института. Поэтому пришлось этотъ проектъ вновь переработать. Работа эта до сихъ поръ не прекращается. Трудно было бы даже сосчитать, сколько разъ проектъ подвергался переработкѣ. Въ послѣдній разъ въ 1910 г. онъ былъ представленъ на уваженіе св. синода въ такомъ видѣ, что, наконецъ, и св. синодъ призналъ его допустимымъ. Св. синодъ нашелъ, что „положенія этого за-

конопроекта направлены не на установленіе раздѣльнаго жительства, а лишь къ тому, чтобы установить взаимныя права супруговъ, уже фактически живущихъ врозь, и выяснить участь и положеніе дѣтей. Въ этомъ новомъ проектѣ супругамъ не предоставляется право раздѣльнаго жительства, какъ это предполагалось прежнимъ проектомъ о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ, и, слѣдовательно, не устанавливается раздѣльное жительство, какъ самостоятельный юридическій институтъ". Но св. синодъ все-таки полагалъ бы, что самое названіе этого проекта слѣдовало бы измѣнить и даже въ названіи проекта не упоминать, что онъ касается раздѣльнаго жительства, а лишь сказать, что дѣло идетъ о послѣдствіяхъ фактическаго „разножительства".

И вотъ въ результатѣ передъ нами проектъ, который утратилъ свое прежнее названіе, онъ скромно называется „проектомъ министра юстиціи о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ дѣйствующихъ узаконеній объ отношеніяхъ супруговъ между собой и къ дѣтямъ". Это названіе проекта очень скромное, чисто бюрократическое, вполнѣ однако соотвѣтствуетъ содержанію его, ибо вся задача заключалась въ томъ, и эта задача, къ сожалѣнію, осуществлена весьма успѣшно, чтобы уничтожить тѣ общія положенія, о необходимости которыхъ сама комиссія говорила въ цитированномъ выше вступленіи къ объяснительной запискѣ и безъ которыхъ ни одинъ законодательный актъ, ни одинъ дѣйствующій кодексъ не можетъ обойтись. Ибо законодатель никогда не можетъ предусмотрѣть всѣхъ случаевъ жизни. Жизнь гораздо затѣйливѣе законодательства и кромѣ того она постоянно спѣшитъ впередъ. Поэтому, если законодатель формулируетъ лишь отдѣльные отрывки, не даетъ суду общихъ положеній, то онъ лишаетъ судъ руководящей нити для разрѣшенія вновь возникающихъ случаевъ и получается колебаніе законности, которая составляетъ основную задачу, raison d'être суда.

VII.

И, тѣмъ не менѣе, несмотря на то, что проектъ такъ кроили и перекраивали, все-таки не удалось спрятать шила въ мѣшкѣ, все-таки пришлось гласнымъ способомъ, противъ котораго протестовалъ митрополитъ Филаретъ, констатировать въ законѣ допущеніе раздѣльнаго жительства. 103[1] ст., которую предлагаетъ проектъ, во второй части гласитъ: „Совмѣстное жительство можетъ быть признано

для супруговъ невыносимымъ, въ случаѣ“ и т. д. Слѣдовательно, какъ ни старались, чего только ни дѣлали, тѣмъ не менѣе въ законѣ категорически указано, что совмѣстная жизнь супруговъ можетъ быть признана невыносимой. Закону пришлось прямо установить тѣ правила, появленія которыхъ такъ боялись. Избѣжать констатированія въ законѣ раздѣльнаго жительства никакъ нельзя. Слѣдовательно, всѣ жертвы, принесенныя ради этой цѣли, оказались совершенно напрасны, а между тѣмъ этихъ жертвъ принесено было много. Въ новомъ проектѣ ничего, кромѣ отдѣльныхъ обрывковъ, не осталось. Все матеріальное содержаніе законопроекта втиснуто въ двѣ-три статьи, которыя образуютъ новую пристройку къ ветхому зданію X тома и, такимъ образомъ, еще больше портятъ его и безъ того непрезентабельный видъ. Новыя правила образуютъ прибавленіе къ пресловутой 103 ст., 106 и 164 и образуютъ тѣ же статьи со знакомъ [1] (prima). Старое правило остается неизмѣннымъ, но къ нему прибавляется новое, его отрицающее. Здѣсь и заключается главный источникъ тѣхъ безконечныхъ сомнѣній и недоумѣній, которыя всегда возникали при изданіи послѣднихъ законодательныхъ новеллъ. Отправной точкой новаго проекта служитъ отмѣна правила паспортнаго устава, въ силу котораго жена не можетъ получить отдѣльнаго вида на жительство безъ согласія мужа. Отнынѣ, по проекту, этого согласія не требуется. Жена можетъ жить отдѣльно отъ мужа по своему желанію. Но остается ст. 103, которая даетъ ему право требовать жену обратно, къ совмѣстному жительству. Исключенія отсюда и устанавливаются проектомъ.

Конструкція новаго проекта, слѣдовательно, такова, что судъ не вмѣшивается въ установленіе раздѣльнаго жительства супруговъ, это предоставляется ихъ желанію и усмотрѣнію. Слѣдуетъ, кстати, замѣтить, что въ проектѣ комиссіи, который такъ рѣшительно былъ отвергнутъ Побѣдоносцевымъ, имѣлась статья, которая гласила: „Раздѣльное жительство супруговъ не можетъ быть разрѣшено на основаніи одного лишь ихъ о томъ согласія“. Въ настоящее же время это начало установлено прямо закономъ, ибо, разъ не судомъ разрѣшается раздѣльное жительство, разъ оно допускается благодаря отмѣнѣ указанной статьи паспортнаго устава, то очевидно, что раздѣльное жительство супруговъ остается внѣ контроля суда и можетъ быть установлено по взаимному согласію.

Итакъ, вопросъ объ установленіи раздѣльнаго жительства рѣшается самими супругами. Въ судъ они могутъ обращаться только

въ томъ случаѣ, если между ними не рѣшены полюбовно вопросы относительно ихъ взаимныхъ имущественныхъ отношеній и относительно судьбы дѣтей. Обыкновенно, при нашемъ соціальномъ укладѣ, вопросъ сводится къ тому, чтобы мужъ обезпечилъ содержаніемъ отдѣльно отъ него живущую жену и чтобы согласиться, у кого оставить при раздѣльномъ жительствѣ дѣтей. Эти вопросы могутъ быть рѣшены сторонами безъ суда и такой именно оборотъ дѣла соотвѣтствуетъ интересамъ общежитія. Только въ тѣхъ случаяхъ, если стороны сами не могутъ уладить своихъ отношеній, обиженная обращается съ искомъ въ судъ, который и рѣшаетъ вопросъ на основаніи тѣхъ правилъ, которыя въ проектѣ установлены. Но такое обращеніе къ суду и субъективно непріятно сторонамъ, такъ какъ выноситъ на улицу грязное бѣлье, и объективно нежелательно, потому что способствуетъ обостренію отношеній и уменьшаетъ шансы на возстановленіе совмѣстной жизни, которое презюмируется институтомъ раздѣльнаго жительства. Между тѣмъ законъ ставитъ непреодолимыя препоны такому внѣсудебному соглашенію и заставляетъ стороны обращаться въ судъ. Въ самомъ дѣлѣ, проектъ оставляетъ въ силѣ, не касается дѣйствующихъ статей 46 и 72 т. X ч. 1., согласно которымъ всякое соглашеніе между супругами, клонящееся къ установленію раздѣльнаго жительства между ними, считается недѣйствительнымъ. Если такъ, то значитъ добровольно, по взаимному согласію, супруги не могутъ разрѣшать свои недоразумѣнія, ибо всякое соглашеніе между ними по этому вопросу, какъ клонящееся къ установленію раздѣльнаго жительства, будетъ недѣйствительно въ силу означенныхъ статей, сохраняющихъ всю свою силу. Такимъ образомъ, самъ законъ вынуждаетъ стороны обращаться къ суду и сознательно плодитъ судебные процессы.

Самая редакція статьи этой представляется въ высшей степени неудачной. Первая ея часть представляетъ ненужное подтвержденіе правила 103 ст. о томъ, что супруги обязаны жить вмѣстѣ. Выражено это начало крайне неудовлетворительно. Уклоненіе супруговъ отъ совмѣстнаго жительства не освобождаетъ у к л о н и в ш а г о с я супруга отъ обязанностей изъ супружества возникающихъ. По точному смыслу статьи выходитъ такъ, какъ будто другой неуклонившійся супругъ освобождается отъ этихъ обязанностей, между тѣмъ какъ законъ, очевидно, не хотѣлъ этого сказать, да и нѣтъ этого въ дѣйствительности.

Думская комиссія измѣнила приведенную редакцію въ такомъ

смыслѣ: „Требованіе супруга о возстановленіи совмѣстной жизни можетъ быть отклонено другимъ супругомъ, въ случаѣ“ и т. д. Такая редакція избѣгаетъ сказаннаго недоразумѣнія, но въ ней есть то неудобство, что она говоритъ ex abrupto о возстановленіи совмѣстной жизни, прежде чѣмъ что-нибудь извѣстно о возможности и допустимости ея прекращенія.

Въ той же статьѣ, между прочимъ, говорится, что одной изъ причинъ, по которой совмѣстная жизнь можетъ быть признана для жены невыносимой, это такая болѣзнь, при которой продолженіе супружескаго сожитія представляется опаснымъ для ея жизни или здоровья. Несомнѣнно, что это должно составлять поводъ для жены требовать раздѣльнаго жительства, но, однако, лишь въ томъ случаѣ, если мужъ злоупотребляетъ своимъ супружескимъ правомъ, несмотря на болѣзнь жены, если онъ предъявляетъ къ ней свои супружескія права. Но сказать, что эта болѣзнь можетъ быть поводомъ для установленія раздѣльнаго жительства, сама по себѣ, независимо отъ поведенія мужа—это значитъ проглядѣть истинную сущность брака и видѣть ее не въ духовномъ, а исключительно въ физическомъ общеніи. Нельзя возражать на это указаніемъ, что оговорка такая не нужна, что она само собою подразумѣвается. Ибо, какъ извѣстно, неспособность къ брачному сожитію служитъ даже поводомъ къ разводу при извѣстныхъ условіяхъ, поэтому врядъ ли можно сомнѣваться, что практика будетъ сильно колебаться.

Вполнѣ естественно, далѣе, что при вынужденномъ стремленіи втиснуть новыя положенія въ одну или двѣ статьи, сдѣлать ихъ по возможности менѣе замѣтными въ старомъ кодексѣ, цѣлый рядъ случаевъ остался непредусмотрѣннымъ. Какъ уже сказано выше, сторона можетъ обратиться въ судъ съ требованіемъ о присужденіи ей содержанія или объ отдачѣ ей преимущественно передъ другой стороной дѣтей на содержаніе. Но вѣдь раздѣльное жительство супруговъ предполагаетъ все-таки временное состояніе, предполагаетъ состояніе, которое можетъ ликвидироваться взаимнымъ соглашеніемъ супруговъ. Разножительство, напримѣръ, допускается въ случаѣ болѣзни, какъ жены, такъ и мужа. Болѣзнь можетъ пройти, поводъ къ допущенію раздѣльнаго жительства можетъ исчезнуть. Комиссія въ своемъ проектѣ, создавая правовой институтъ, предусмотрѣла эти вопросы, опредѣленно указала, какую судьбу испытываетъ судебное рѣшеніе во всѣхъ подобныхъ перипетіяхъ. Данный законопроектъ объ этомъ ни слова не упоминаетъ. И какъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, которые несомнѣнно будутъ встрѣ-

чаться очень часто, т.-е. во-первыхъ, что дѣлаютъ стороны, если прекращается поводъ, который послужилъ основаніемъ для постановленія судебнаго рѣшенія, и какъ быть сторонамъ, если въ теченіе времени обстоятельства, которыя легли въ основу рѣшенія суда, измѣнились, всѣ эти вопросы совершенно не урегулированы. Между тѣмъ, въ послѣдней новеллѣ 1903 г., касающейся внѣбрачныхъ дѣтей, всѣ аналогичныя обстоятельства предусмотрѣны. Здѣсь же о нихъ пришлось забыть, такъ какъ и физически невозможно было все это втиснуть въ одну статью. Точно такъ же совершенно не предусмотрѣно отношеніе дѣтей къ родителямъ. Законопроектъ опредѣляетъ, каковы обязанности родителей въ отношеніи дѣтей, причемъ устанавливается, что оба родителя даже и при раздѣльномъ жительствѣ обязаны принимать участіе своими средствами въ содержаніи и воспитаніи дѣтей, но власть родительская принадлежитъ только одному изъ родителей, тому, у кого дѣти остаются на воспитаніи. Слѣдовательно, только этому родителю дѣти обязаны повиноваться. Вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ извѣстно, у насъ имѣется статья, по которой дѣти обязаны содержать родителей. Спрашивается, обязаны ли дѣти содержать обоихъ родителей или только того родителя, у котораго живутъ.

Несмотря на то, что настоящій проектъ столько разъ пересматривался и перерабатывался, столько нянекъ за нимъ ходило, въ немъ осталось и много чисто редакціонныхъ недостатковъ. Такъ, напримѣръ, ст. 164^1, которая опредѣляетъ отношенія между разошедшимися супругами и дѣтьми, говоритъ: „Къ дѣтямъ супруговъ, уклонившихся отъ совмѣстной жизни, примѣняются правила, изложенныя въ статьяхъ 131^2 (ч. 1 и 3), 131^3—131^6 (по прод. 1906 г.) со слѣдующими изъятіями. Въ числѣ этихъ изъятій пунктъ 2-ой гласитъ, что „въ случаѣ отсутствія соглашенія родителей, равно какъ необходимости отступленія отъ установленныхъ въ ст. 131^2 и настоящей правилъ, судъ опредѣляетъ, у кого изъ родителей должны оставаться несовершеннолѣтнія дѣти“.

Такимъ образомъ, говоря о разрѣшеніи вопроса объ отношеніи между разошедшимися родителями и дѣтьми, проектъ отсылаетъ насъ къ ст.ст. 131^1 и сл. Это тѣ статьи, которыя опредѣляютъ положеніе дѣтей отъ браковъ, признанныхъ недѣйствительными, Обращаясь къ этимъ статьямъ, мы видимъ, что п. 3 упомянутой 131^2 ст. буквально воспроизводитъ приведенную выше статью съ той лишь единственной разницей, что судьбу дѣтей представляется опредѣлять не суду, а опекунскому установленію.

Такимъ ооразомъ, статья проекта дѣлаетъ ссылку, отсылаетъ насъ къ ст.ст. 131[2] и т. д. и говоритъ, что эти статьи примѣняются и здѣсь, но со слѣдующими изъятіями. А изъятіемъ является и то, что здѣсь буквально повторяется. Правда, въ одной статьѣ говорится о судѣ, а въ другой объ опекунскомъ установленіи. Но изъ за этой разницы безцѣльно было повторять всю статью въ измѣненномъ видѣ и все-таки дѣлать ссылку на неизмѣненную редакцію, которая допускается, какъ изъятіе. И остается вопросъ, въ какомъ смыслѣ сдѣлано изъятіе. Въ томъ ли смыслѣ, что вмѣсто опекунскаго установленія судъ рѣшаетъ, или въ томъ смыслѣ, что если почему-либо опекунское установленіе не можетъ рѣшить, то наступаетъ очередь суда.

Чтобы покончить съ вопросомъ о положеніи дѣтей, любопытно отмѣтить, что совершенно случайно и, такъ сказать, казусно въ наше законодательство вводится правило о томъ, что опекунское установленіе или, въ данномъ случаѣ, судъ, имѣетъ право вмѣшиваться въ отношенія родителей къ дѣтямъ. Этотъ благодѣтельный и чрезвычайно желательный принципъ вмѣшательства у насъ вообще не существуетъ, и родители вольны дѣлать со своими дѣтьми все, что имъ угодно. Почему же, разъ такое вмѣшательство признается возможнымъ, оно не вводится сознательно, въ видѣ общаго правила, а допускается случайное, принципіальное отступленіе отъ дѣйствующаго закона и проводится оно совершенно неожиданно, въ качествѣ какого-то дополнительнаго привѣса къ вопросу о раздѣльномъ жительствѣ? Это опять свидѣтельствуетъ объ отсутствіи какой бы то ни было послѣдовательности и грозитъ породить на практикѣ массу недоразумѣній.

Далѣе, въ проектѣ, разработанномъ комиссіей, установлено было правило о томъ, что присужденныя судомъ выдачи на содержаніе могутъ быть обезпечены на имуществѣ обязаннаго супруга. Это чрезвычайно важное въ практическомъ отношеніи правило выпущено въ проектѣ, и думская комиссія, къ сожалѣнію, не обратила вниманія на столь важный пропускъ. Очевидно, если мужъ, и жена не могли добровольно разойтись и имъ пришлось обратиться къ суду, то легко предположить, что недобросовѣстный супругъ будетъ добиваться возможностиу клоненія отъ тѣхъ обязанностей, которыя судъ наложилъ на него въ своемъ рѣшеніи. Разсматриваемый законопроектъ допускаетъ только предварительное исполненіе рѣшенія. Но предварительное исполненіе рѣшенія можетъ распространяться только на выдачу содержанія на 1 годъ, въ

лучшемъ случаѣ или на 1 мѣсяцъ, потому что, если судъ постановляетъ о выдачѣ содержанія, то постановляетъ о выдачѣ такового въ видѣ періодическихъ платежей, а періодическій платежъ на болѣе продолжительный срокъ установленъ быть не можетъ.

Гораздо болѣе серьезно то, что послѣдній проектъ существенно измѣнилъ постановленіе комиссіи о размѣрахъ содержанія, которое мужъ обязанъ выдавать отдѣльно живущей женѣ. Проектъ комиссіи совершенно правильно исходилъ изъ того положенія, что отношеніе мужа къ женѣ, не живущей совмѣстно съ нимъ по его винѣ, должно быть совершенно такое же, какъ отношеніе къ женѣ, живущей съ нимъ совмѣстно. И если по закону мужъ обязанъ предоставлять своей женѣ средства, сообразно своему состоянію, то комиссія то же самое правило примѣнила и на случай раздѣльнаго жительства супруговъ, если жена живетъ раздѣльно по его винѣ. Но если же она живетъ отдѣльно по своей винѣ, то тогда ей предоставляется право пользоваться средствами мужа лишь въ томъ случаѣ, если она въ нихъ нуждается. Но министерскій законопроектъ, который вообще, скрѣпя сердце, допускаетъ раздѣльное жительство, хочетъ все-таки ввести какое-нибудь средство для того, чтобы удержать жену отъ раздѣльнаго жительства съ мужемъ и вообще воздѣйствовать на ихъ волю. Поэтому проектъ отступаетъ отъ правила закона, по которому мужъ обязанъ содержать жену, сообразно своему состоянію, и, хотя бы жена прекратила совмѣстное жительство по винѣ мужа, допускаетъ дачу средствъ женѣ мужемъ только, если она въ томъ нуждается.

Въ заключеніе слѣдуетъ сказать, что было бы совершенно несправедливо во всѣхъ этихъ неудачахъ, которыя постигли проектъ, винить тѣхъ, кто разрабатывалъ его. Если люди сами на себя надѣваютъ путы, если они сознательно отказываются отъ требованій логики и послѣдовательности, то, будь они семи пядей во лбу, они ничего путнаго создать не могутъ.

На ряду съ разсмотрѣннымъ проектомъ имѣется законодательное предположеніе членовъ государственной думы, которое было внесено по иниціативѣ женскаго взаимнаго благотворительнаго общества. Это законодательное предположеніе стоитъ на правильной принципіальной позиціи. Но нельзя скрывать отъ себя, что нѣтъ рѣшительно никакой надежды на то, чтобы это законодательное предположеніе членовъ думы имѣло какіе-нибудь шансы на успѣхъ. Предложенное на уваженіе святѣйшаго синода, оно встрѣтило рѣшительный съ его стороны отпоръ. Въ засѣданіи 23 іюня 1910 г.

святѣйшій синодъ далъ рѣшительное заключеніе о его непріемлемости, а такое отношеніе синода непререкаемо рѣшаетъ судьбу.

Такимъ образомъ мы стоимъ теперь передъ дилеммой и для юриста эта дилемма очень трудна: высказаться ли за принятіе несовершеннаго, по возможности исправленнаго законопроекта, или за то, чтобы его разработка была отложена на нѣкоторое время, пока условія измѣнятся, пока онъ можетъ пройти въ своемъ принципіальномъ видѣ. Не слѣдуетъ обольщать себя ссылкой на то, что лучшее есть врагъ хорошаго и что потому пока надо взять, что можно. Увы, законодательная машина—очень громоздкій аппаратъ, который не легко пускать въ ходъ. А съ другой стороны, потребности жизни безчисленны, неистощимы, и разъ данная потребность такъ или иначе удовлетворена, то намъ на долгое время придется мириться съ несовершеннымъ закономъ и съ тѣми затрудненіями, которыя онъ внесетъ. Какъ ни печальны, однако, эти перспективы, какъ ни трудна эта дилемма для юриста, здѣсь едва ли можно спокойно настаивать на принципіальной точкѣ зрѣнія. Если принять во вниманіе тѣ грозныя опасности, на которыя выше указано, если прислушаться къ тѣмъ тяжелымъ драмамъ, которыя происходятъ на почвѣ нынѣшняго положенія вещей, приходится сказать, что хотя этотъ законъ несовершененъ, но желательно, чтобы онъ поскорѣе вошелъ въ дѣйствіе. Пожелаемъ же, чтобы государственная дума и совѣтъ не откладывали въ долгій ящикъ вопроса о допущеніи раздѣльнаго жительства и чтобы нынѣшній парламентъ сумѣлъ осуществить проектъ и сдѣлать его благодѣтельнымъ закономъ.

По окончаніи доклада открылись пренія.

С. А. Бѣляцкинъ указалъ на то, что судьба вопроса о раздѣльномъ жительствѣ напоминаетъ вопросъ о расширеніи наслѣдственныхъ правъ женщинъ и уравненіи ихъ съ мужчинами въ правахъ наслѣдованія по закону. Успѣхъ обѣихъ предпринятыхъ реформъ очень проблематиченъ, и причины этой проблематичности совершенно ясны: давать какія бы то ни было права слабымъ — не соотвѣтствуетъ тенденціямъ переживаемой эпохи. Новый законопроектъ о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ чрезвычайно неудовлетворителенъ. Женщинамъ онъ ничего не дастъ. Желать его проведенія черезъ палаты, какъ это дѣлаетъ докладчикъ, нѣтъ никакихъ основаній. Законопроектъ этотъ вызываетъ даже нѣкоторыя серьезныя опасенія. Вѣдь въ т. X ч. 1 нѣтъ, въ сущности, по-

становленій, которыя обязывали бы супруговъ къ совмѣстному жительству, — имѣющіяся постановленія этого рода носятъ чисто нравственный характеръ. Законопроектомъ же фактическое положеніе вещей санкціонируется, но при этомъ вводятся и нѣкоторыя ограничительныя условія, очень существенныя и внушающія опасенія. Еще хуже законопроектъ въ вопросѣ о содержаніи. По существу своему, законопроектъ, вообще, долженъ бы былъ называться законопроектомъ о нѣкоторыхъ нововведеніяхъ и измѣненіяхъ въ дѣйствующемъ уставѣ о паспортахъ. Только въ этой области законопроектомъ вводится кое-что новое. Какъ юридическій институтъ, раздѣльное жительство устанавливается не въ законопроектѣ министерскомъ, а въ законопроектѣ, внесенномъ 73 членами думы. Въ этомъ законопроектѣ поводы раздѣльнаго жительства не устанавливаются. Всего правильнѣе установить одно основаніе — невозможность совмѣстной жизни. Вопросъ долженъ, далѣе, затронуть и область процесса. Для дѣлъ о разводѣ и раздѣльномъ жительствѣ было бы неумѣстно проведеніе состязательнаго начала въ его чистомъ видѣ. Признаніе отвѣтной стороны, напр., не должно имѣть для этихъ дѣлъ обще-процессуальнаго значенія, потому что оно могло бы вылиться въ удобнѣйшую форму обхода закона. Необходимо, далѣе, установить, что на юридическомъ положеніи дѣтей не можетъ отразиться, какъ это проводится въ ст. 164^1 министерскаго проекта, вина одного изъ супруговъ. Въ этомъ вопросѣ рѣшающее значеніе должно принадлежать соглашенію; при отсутствіи послѣдняго, разрѣшеніе вопроса должно принадлежать суду. Во всякомъ случаѣ, не должно быть мѣста никакимъ предустановленнымъ доказательствамъ. Далѣе, существенному ограниченію подлежитъ презумпція законности рожденія. Ребенокъ, рожденный раздѣльно отъ мужа живущею женщиною, долженъ презумироваться какъ внѣбрачный.

А. Г. Гойхбаргъ присоединяется къ мнѣнію докладчика, полагая, что нельзя отрицать благодѣтельнаго значенія и министерскаго законопроекта, регулирующаго юридическія послѣдствія фактическаго состоянія раздѣльнаго жительства супруговъ. Неправильно указаніе предшествующаго оппонента, будто законопроектъ, не установляя раздѣльнаго жительства какъ юридическаго института, не вноситъ ничего новаго въ существующее положеніе вещей. При наличности фактическаго

состоянія раздѣльнаго жительства и при установленіи судомъ невыносимости совмѣстной супружеской жизни, супругъ, для котораго совмѣстная жизнь представляется невыносимою, освобождается, согласно проекту, отъ обязанностей, изъ супружества возникающихъ. Въ частности, замужняя женщина при такихъ условіяхъ не нуждается въ разрѣшеніи мужа для принятія на себя обязательствъ по векселямъ, для поступленія въ высшія учебныя заведенія и т. д. Указанія докладчика на недостатки законопроекта не могутъ быть признаны одинаково и безусловно правильными. Докладчикомъ было указано, напр., что законопроектомъ не разрѣшается вопросъ о томъ, обязаны ли дѣти содержать обоихъ родителей въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ родителей лишенъ правъ родительской власти надъ ними. Но вѣдь вопросъ о содержаніи не находится въ неразрывной связи съ вопросомъ о родительской власти. Дѣти обязаны содержать своихъ родителей не потому, что послѣдніе обладаютъ въ отношеніи дѣтей родительской властью: лишеніе одного изъ родителей власти надъ дѣтьми нисколько не затрагиваетъ его правъ на полученіе отъ дѣтей содержанія. Докладчикомъ указывалось, далѣе, на то, что законопроектъ не разрѣшаетъ вопроса о вліяніи прекращенія поводовъ къ установленію раздѣльнаго жительства на силу судебнаго рѣшенія. Но вѣдь судебнымъ рѣшеніемъ раздѣльное жительство, согласно законопроекту, устанавливаться не будетъ. Согласно проекту, судъ, исходя изъ факта раздѣльнаго жительства и констатированія обстоятельствъ, дѣлающихъ совмѣстную супружескую жизнь невыносимою, будетъ постановлять рѣшеніе о дѣтяхъ, объ алиментахъ и т. п. Съ измѣненіемъ обстоятельствъ, оправдывавшихъ раздѣльное жительство супруговъ, можно будетъ предъявить искъ объ отмѣнѣ, въ виду измѣнившихся обстоятельствъ, прежняго рѣшенія. Докладчикъ указывалъ, далѣе, на неудовлетворительность постановленія, согласно которому одной изъ причинъ, по которой совмѣстная жизнь можетъ быть признана невыносимою для жены, является такая ея болѣзнь, при которой продолженіе супружескаго сожитія представляется опаснымъ для ея жизни или здоровья. Но вѣдь проектъ исходитъ изъ того, что жена уже не живетъ съ мужемъ, и, слѣдовательно, со стороны мужа были уже попытки предъявленія своихъ супружескихъ правъ во вредъ женѣ. Наконецъ, докладчикомъ

дѣлается упрекъ законопроекту въ томъ, что за женою право на полученіе отъ мужа содержанія признается лишь подъ условіемъ установленія раздѣльнаго жительства по винѣ мужа и отсутствія у жены средствъ къ жизни. Что касается перваго условія, то проектомъ право жены на содержаніе ея мужемъ установляется не только въ томъ случаѣ, когда она не живетъ съ нимъ по его винѣ, но и тогда, когда она не живетъ съ нимъ въ виду его заразительной болѣзни или даже по причинѣ ея собственной болѣзни; что же касается второго условія, то проектъ, дѣйствительно, отступаетъ въ этомъ отношеніи отъ новѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ, не обусловливающихъ права жены на содержаніе отсутствіемъ у нея собственныхъ средствъ, но это отступленіе вполнѣ оправдывается требованіями справедливости. Въ виду всего сказаннаго, въ виду того, что отмѣченные докладчикомъ недостатки законопроекта не такъ значительны, въ виду того, что нѣтъ никакой надежды на проведеніе законопроекта объ установленіи института раздѣльнаго жительства, необходимо поддерживать правительственный законопроектъ.

А. А. Васильевъ указываетъ, что у насъ вводить институтъ раздѣльнаго жительства трудно. Раздѣльное жительство трудно примирить съ понятіемъ о бракѣ, какъ о таинствѣ. Принципъ раздѣльнаго жительства предполагаетъ признаніе брака юридической сдѣлкой. Поэтому синодъ по своему правъ или, во всякомъ случаѣ, послѣдователенъ, когда онъ протестуетъ противъ признанія у насъ института раздѣльнаго жительства. Права по своему и католическая церковь, допускающая въ крайнихъ случаяхъ отлученіе отъ стола и ложа, но противящаяся законодательному санкціонированію раздѣльнаго жительства. Отвлекаясь отъ чисто-принципіальной стороны, необходимо признать, что правительственный законопроектъ означаетъ шагъ впередъ. Что касается, въ частности, вопроса объ обезпеченіи при раздѣльномъ жительствѣ жены мужемъ, то въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ имѣть въ виду во всѣхъ отношеніяхъ правильное и вполнѣ справедливое рѣшеніе вопроса, даваемое французскимъ правомъ: обязанность эта взаимна и обоюдна. Болѣе сложенъ вопросъ о судьбѣ дѣтей. Руководствуясь критеріемъ вины того или иного изъ родителей, его, конечно, рѣшать нельзя. По справедливости, и обязанность обезпеченія дѣтей также должна быть обоюдною

обязанностью родителей. Министерскій законопроектъ очень неудовлетворителенъ, но, по сравненію съ нынѣшнимъ положеніемъ вещей, онъ представляетъ несомнѣнный шагъ впередъ. Въ настоящее время вопросъ разрѣшается усмотрѣніемъ земскихъ начальниковъ, комиссіи прошеній. Министерскій законопроектъ устраняетъ изъ этого вопроса произволъ. Поддерживать законопроектъ слѣдуетъ.

Ф. А. Вальтеръ отмѣчаетъ, что вопросы, связанные съ раздѣльнымъ жительствомъ супруговъ, у насъ въ послѣднее время пытаются разрѣшить двоякаго рода законодательными мѣрами. Проектъ Редакціонной Комиссіи по составленію проекта гражданскаго уложенія (1898 г.), которому въ этомъ отношеніи соотвѣтствуетъ и законодательное предположеніе членовъ Гос. Думы, разрѣшаетъ эти вопросы посредствомъ введенія въ русское законодательство института разрѣшенія супругамъ раздѣльнаго жительства, подобно институту разлученія отъ стола и ложа западно-европейскихъ церковныхъ и свѣтскихъ законодательствъ; по просьбѣ одного изъ супруговъ или ихъ обоихъ, судъ дозволяетъ имъ жить раздѣльно, причемъ одновременно нормируетъ и право отдѣльно живущей жены на полученіе отъ мужа алиментовъ, а также опредѣляетъ, у кого впредь должны находиться дѣти. Проектъ Министерства Юстиціи относится къ случаямъ, когда раздѣльное жительство супруговъ фактически уже возникло, и устанавливаетъ основанія, по которымъ судъ, при уже существующемъ раздѣльномъ жительствѣ, разрѣшаетъ вопросъ объ алиментахъ и о предоставленіи дѣтей тому или другому супругу. Можетъ показаться, что первый пріемъ безусловно заслуживаетъ предпочтенія. Разсмотрѣвъ всѣ обстоятельства, побуждающія супруговъ прекратить совмѣстную жизнь, судъ снимаетъ съ нихъ оказавшуюся для нихъ непосильною обязанность продолжать эту совмѣстную жизнь и, соотвѣтственно установленнымъ имъ для этой цѣли обстоятельствамъ, рѣшаетъ и болѣе конкретные вопросы о томъ, какое вліяніе допущенное имъ раздѣльное жительство должно оказать на право жены требовать отъ мужа содержанія и на отношеніе супруговъ къ происшедшимъ отъ ихъ брака дѣтямъ. Однако, не трудно замѣтить, что при выработкѣ проекта на этихъ основаніяхъ, приходится исходить изъ того предположенія, что супруги, до постановленія судомъ рѣшенія или, по крайней мѣрѣ, до

разрѣшенія имъ, въ силу частнаго опредѣленія суда, жить раздѣльно во время процесса, будутъ продолжать совмѣстную жизнь. Можно смѣло утверждать, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ это предположеніе оказалось бы ошибочнымъ; супруги будутъ обращаться къ суду уже послѣ того, какъ ихъ раздѣльная жизнь фактически уже возникла. А если это такъ, то слѣдуетъ признать, что появлявшіеся у насъ проекты о *разрѣшеніи* супругамъ раздѣльнаго жительства, представляются недостаточными; они должны быть дополнены постановленіями, предусматривающими отношенія супруговъ другъ къ другу и къ дѣтямъ во время раздѣльнаго жительства ихъ, не основаннаго на судебномъ рѣшеніи. Въ этомъ убѣждаютъ и иностранныя законодательства (напр. Герм. гражд. улож.), которыя, наряду съ правилами о разлученіи отъ стола и ложа, содержатъ и постановленія о вліяніи фактическаго раздѣльнаго жительства на отношенія, основанныя на бракѣ и на союзѣ родителей и дѣтей. Внесенный въ Госуд. Думу проектъ Министерства Юстиціи ограничивается одними этими постановленіями; онъ исходитъ изъ того положенія, что неправильно говорить о разрѣшеніи раздѣльнаго жительства, когда супруги сами уже прекратили совмѣстную жизнь; проще считаться съ уже совершившимся фактомъ, и попытаться разрѣшить всѣ конкретные вопросы, которые этотъ фактъ порождаетъ. По мнѣнію Ф. А. Вальтера, нѣтъ достаточнаго основанія къ осужденію проекта Мин. Юстиціи за исходную его точку зрѣнія; конечно, при одномъ условіи, а именно при условіи разрѣшенія проектомъ дѣйствительно всѣхъ, возникающихъ по данному поводу, конкретныхъ вопросовъ. Въ этомъ отношеніи тексту проекта можетъ быть сдѣланъ существенный упрекъ. Предусматривая обстоятельства, при которыхъ и раздѣльно живущая жена сохраняетъ право на алименты и супругъ можетъ требовать оставленія у него дѣтей, текстъ проекта не даетъ положительнаго отвѣта на вопросъ о томъ, признается ли, при наличности указанныхъ обстоятельствъ, раздѣльная жизнь для одного изъ супруговъ правомѣрною и въ томъ отношеніи, что онъ въ правѣ требовать оставленія безъ удовлетворенія иска, предъявленнаго къ нему другимъ супругомъ и имѣющаго своимъ предметомъ требованіе о возстановленіи совмѣстной жизни. Въ объясненіяхъ къ проекту указывается, что этотъ вопросъ долженъ быть, конечно, рѣ-

шенъ въ утвердительномъ смыслѣ, но текстъ проекта не содержитъ никакого ограниченія, выраженнаго въ ст. 103 зак. гражд. принципа. Гос. Дума исправила этотъ недостатокъ, и въ редакціи проекта, въ которой онъ переданъ въ Гос. Совѣтъ, содержится прямое указаніе на то, что искъ о возстановленіи совмѣстной жизни не подлежитъ удовлетворенію, если совмѣстная жизнь представляется для отвѣтчика невыносимою. Проектъ Мин. Юстиціи, дополненный въ указанномъ отношеніи, является, во всякомъ случаѣ, существеннымъ улучшеніемъ нашего законодательства и можно предполагать, что благотворныя послѣдствія отъ введенія его правилъ въ русскіе гражданскіе законы окажутся не меньшими, какъ если бы въ эти законы былъ введенъ институтъ разрѣшенія супругамъ раздѣльнаго жительства. Эти предположенія должны оказаться справедливыми въ особенности при томъ условіи, если одновременно съ правилами о раздѣльномъ жительствѣ супруговъ получатъ законодательное утвержденіе и правила, содержащіяся въ проектѣ о расширеніи личныхъ и имущественныхъ правъ замужнихъ женщинъ, находящемся въ ближайшей связи съ проектомъ правилъ о раздѣльномъ жительствѣ и также уже принятомъ Гос. Думою. Какъ извѣстно, проектъ Ред. Комиссіи о разрѣшеніи супругамъ раздѣльнаго жительства, внесенный въ Гос. Совѣтъ въ 1898 г., встрѣтилъ наиболѣе рѣзкія возраженія со стороны бывшаго Оберъ-Прокурора Св. Синода К. П. Побѣдоносцева. Признавая недопустимымъ внесеніе въ русское законодательство разработаннаго по иностранному образцу института разлученія отъ стола и ложа, К. П. Побѣдоносцевъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, указалъ на то, что цѣль, преслѣдуемая проектомъ 1898 г., могла бы въ значительномъ большинствѣ случаевъ быть достигнута гораздо проще, а именно—отмѣною правила ст. 12 уст. паспортнаго о томъ, что замужнія женщины, независимо отъ ихъ возраста, могутъ получать отдѣльные виды на жительство не иначе, какъ съ согласія ихъ мужей. Замѣчаніе К. П. Побѣдоносцева представляется правильнымъ; дѣйствительно, раскрѣпощеніе замужнихъ женщинъ въ паспортномъ отношеніи означало бы огромный шагъ впередъ на пути огражденія интересовъ замужнихъ женщинъ въ случаяхъ неудачно сложившагося брака. Слѣдуетъ только, наряду съ отмѣною паспортныхъ стѣсненій отмѣнить и содержащіяся въ дѣйствующемъ законодательствѣ

ограниченія правъ замужнихъ женщинъ, безъ согласія ихъ мужей, поступать на государственную, общественную или частную службу, а также въ учебныя заведенія. Отмѣна всѣхъ этихъ ограниченій облегчитъ замужней женщинѣ возможность найти себѣ самостоятельный заработокъ и устранитъ, или, по крайней мѣрѣ, ослабитъ причину, по которой замужняя женщина въ настоящее время нерѣдко вынуждается продолжать совмѣстное жительство съ мужемъ, несмотря на то, что всѣ „внутреннія" предположенія нормальной семейной жизни болѣе не существуютъ. Отмѣна всѣхъ этихъ ограниченій была намѣчена еще особымъ совѣщаніемъ Государственнаго Совѣта, разсматривавшимъ проектъ Ред. Комиссіи; всѣ же ограниченія, а также ограниченіе права замужнихъ женщинъ обязываться векселями, отмѣняются и въ настоящемъ проектѣ Мин. Юстиціи о расширеніи личныхъ и имущественныхъ правъ замужнихъ женщинъ. Если значеніе проекта о раздѣльномъ жительствѣ будетъ оцѣниваться вмѣстѣ съ этимъ послѣднимъ проектомъ, то, казалось бы, оба они заслуживаютъ вполнѣ сочувственнаго отношенія. Правда, въ нихъ нѣтъ института разрѣшенія раздѣльнаго жительства, но въ этомъ, можетъ быть, и не замѣчается особенно большого недостатка. Не слѣдуетъ преувеличивать значенія этого института. Когда отношенія супруговъ настолько уклонились отъ нормы, что совмѣстная ихъ жизнь стала невозможною, то слѣдуетъ не только дать имъ право жить раздѣльно, но и облегчить имъ возможность расторгнуть ихъ несчастный бракъ. Этой возможности институтъ раздѣльнаго жительства супругамъ не даетъ; онъ лишь суррогатъ развода и въ качествѣ такового, какъ учитъ опытъ западно-европейскихъ государствъ, все болѣе теряетъ свое значеніе по мѣрѣ того, какъ облегчается разводъ. Только разводъ, дающій супругамъ возможность вступить въ новый бракъ, является и съ точки зрѣнія самихъ супруговъ, и съ точки зрѣнія общественной нравственности, нормальнымъ выходомъ изъ того создавшагося положенія, что между супругами никакого духовнаго общенія не существуетъ и они убѣдились въ необходимости прекратить совмѣстную жизнь. А въ стремленіи русскаго общества добиться нѣкотораго облегченія развода, наличность въ законодательствѣ института разлученія явилась бы скорѣе вреднымъ факторомъ, какъ всякій суррогатъ и всякая полумѣра, дающіе противникамъ ради-

кальной реформы возможность ссылаться на то, что предъявляемыя требованія уже находятъ себѣ хотя бы частичное удовлетвореніе.

Переходя затѣмъ къ частичнымъ замѣчаніямъ, сдѣланнымъ другими оппонентами, Ф. А. Вальтеръ указалъ, что проектированная ст. 164[1] зак. гражд. не заслуживаетъ сдѣланнаго ей С. А. Бѣляцкинымъ упрека. Эта статья, какъ видно изъ помѣщенной въ ней ссылки на уже дѣйствующія ст. 131[2] и слѣд. зак. гражд., касающіяся дѣтей отъ браковъ, признанныхъ недѣйствительными, обезпечиваетъ суду полную возможность опредѣлить судьбу дѣтей не только въ зависимости отъ того, кто изъ супруговъ виновенъ въ раздѣльномъ жительствѣ, но соотвѣтственно дѣйствительнымъ интересамъ дѣтей. Проектъ затѣмъ считается и съ необходимостью ослабить презумпцію законности рожденія для случая, когда ребенокъ рожденъ замужнею женщиною, живущей отдѣльно отъ мужа. Проектъ въ этомъ отношеніи не идетъ такъ далеко, какъ С. А. Бѣляцкинъ, полагающій, что всякій ребенокъ, рожденный при указанныхъ условіяхъ, долженъ почитаться внѣбрачнымъ, (едва ли такое положеніе представляется правильнымъ), но однако постановляетъ, что въ данномъ случаѣ срокъ на предъявленіе мужемъ матери ребенка спора противъ законности послѣдняго начинается не со дня рожденія ребенка, а со дня, когда мужъ узналъ о рожденіи его. Въ заключеніе Ф. А. Вальтеръ отмѣтилъ, что онъ не раздѣляетъ опасеній, что помѣщенное въ проектѣ перечисленіе обстоятельствъ, при наличности которыхъ совмѣстная жизнь можетъ быть для супруга признана невыносимою, окажется неполнымъ и стѣснительнымъ для суда. Критики проекта, повидимому не обратили вниманія на то, что проектированная ст. 103[1], наряду съ конкретными указаніями, содержитъ и общее указаніе на „явное нарушеніе основанныхъ на бракѣ обязанностей“, а также на „безчестное или порочное поведеніе“. А при наличности этихъ общихъ указаній можно утверждать, что судъ всегда будетъ имѣть возможность къ признанію раздѣльнаго жительства супруга оправдываемаго обстоятельствами, если только продолженіе совмѣстной жизни представляется для супруга дѣйствительно невыносимымъ.

І. В. Гессенъ въ заключительныхъ своихъ замѣчаніяхъ вкратцѣ остановился на сдѣланныхъ ему возраженіяхъ. Юристъ

не можетъ не поддержать министерскаго законопроекта, ибо желать сохраненія нынѣшняго положенія вещей, явно попирающаго законъ и тѣмъ подрывающаго народное правосознаніе, немыслимо ни по какимъ соображеніямъ. Но нельзя согласиться съ Ф. А. Вальтеромъ, усматривающимъ существенное улучшеніе положенія вещей въ предложеніи Побѣдоносцева отмѣнить паспортныя ограниченія для замужнихъ женщинъ. Великое зло—ст. 103—вѣдь сохраняется. А дальнѣйшее существованіе ст. 103 грозитъ вѣдь углубленіемъ имѣющагося противорѣчія. Что касается соображеній о вліяніи института раздѣльнаго жительства на борьбу за облегченіе развода, то въ этомъ отношеніи существенно проведеніе ряда принциповъ, составляющихъ логическое завершеніе института раздѣльнаго жительства. Раздѣльное жительство должно быть временнымъ и срочнымъ. И въ государственномъ совѣтѣ правильно указывалось на то, что безсрочнымъ раздѣльное жительство быть не можетъ. По истеченіи опредѣленнаго срока состояніе раздѣльнаго жительства супруговъ должно переходить въ состояніе развода.

Закрывая засѣданіе, предсѣдатель пригласилъ собраніе выразить докладчику, не впервые выступающему за права женщины и именно по вопросу о раздѣльномъ жительствѣ, благодарность за его интересный докладъ.

Засѣданіе было закрыто въ 12 ч. ночи.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Страница.	Строка.	Напечатано:	Слѣдуетъ читать.
14	4 (примѣч.).	роспись есть	роспись не есть
15	5 сверху	порцій	позицій
21	11 снизу	быть съ	отличаться
22	11 „	отмѣнявшіе или отмѣнившіе	измѣнявшіе или отмѣнявшіе
23	5 „	закона: его цѣль	закона? Его цѣль
27	6 „	70-хъ	60-хъ
28	13 сверху	конструкціяхъ	конституціяхъ
28	3 (прѣч.).	министру	императору

24957

Адресъ редакціи: Захарьевская 25, кв. 12.

Складъ изданія въ Юридическомъ книжномъ Складѣ „Право“
(СПБ. Литейный, 28).